مصطفى احمد الزرقاء

الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد

المدخل
الى
نظرية الالتزام العامة
في الفقه الاسلامي

وهو يتضمن نظرة عامة
في الحق ، والالتزام ، والاموال ، والاشخاص

الجزء الثالث

مصطفى احمد الزرقاء

استاذ القانون المدني والشريعة الاسلامية
في كلية الحقوق من جامعة دمشق

الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد

الجزء الثالث

المدخل

الى

نظرية الالتزام العامة

في الفقه الاسلامي

وهو يتضمن نظرة عامة

في الحق ، والالتزام ، والاموال ، والاشخاص

طبعة سادسة مزيدة ومنقحة

مطبعة طربين

دمشق ١٣٨٤هـ - ١٩٦٥م

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الاولى

بعد ما نهجنا في الجزء الأول المنهج الذي يعتبر كمدخل عام الى الفقـــه الاسلامي عامة ، والى مجلة الاحكام العدلية خاصة ، رأيت أن أشرع ، في هذه الاجزاء التالية ، بصوغ الاحكام الفقهية التي تشرح المجلة صياغة الفقه القانوني الحديث في شرح نظرية الالتزام العامة والعقود المسماة اسلوباً وترتيباً ، فيلبس الفقه الاسلامي بذلك ثوباً جديداً يتفق مع الاذواق القانونية المعاصرة في صياغته ومظهره ، ويحافظ في الاحكام والانظار الفقهية على أصله وجوهره . وهـــذا ماتقتضيه الدراسة الجامعية وحاجة العصر .

واني أعلم مافي هذه الخطوة من خطورة ومن جهود عظيمة ، فان الفقه القانوني والقوانين الحديثة المنشأة على أساسه تسير من الاصول والمبادىء العامة بترتيب خاص ، الى فروع الاحكام الجزئية التي تقوم على أساس تلك المبادىء العامة أو تستثنى منها . وفقهنا – ومنه مجلة الاحكام العدلية – يسير بعكس ذلك ، فيعالج الفروع مباشرة ، وينثر أجزاء المبادىء العامة والاصول الكلية في طريقه بحسب المناسبات .

فجمع أجزاء هذه المبادىء العامة من مختلف الابواب ، واستيحاؤها غالباً من فروع الاحكام وعللها ، ثم ضم كل جزء الى أخيه ليستخلص من كل مجموعة منها الاصل الشرعي الذي يحكم فيها التقريره ورد الفروع اليه ، كل ذلك يستدعي

من الجهد والوقت مايجب أن يتعاون عليه جماعة من فهاء الشريعة والقانون ، ينصرفون بكل مواهبهم اليه .

وقد بدأبعض الاساتذة المعاصرين ببحث جوانب من الفقه الاسلامي على هذا النحو ، كرسالة « **النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية** » للدكتور الاستاذ شفيق شحاتة ، فقد أخرج منها الجزء الاول في طرفي الالتزام، فمهد للموضوع بعض التمهيد وليته يكمل ، وكمذكرة الاستاذ الكبير الشيخ أحمد ابراهيم ابراهيم في « **بيان الالتزامات في الشريعة الاسلامية** » وهي خطوة يسيرة وخطوط أولية كانت تفيد هذا الموضوع لو توبعت وأكملت، وان كانت لا تتفق تماماً مع الطريقة التي نحن بصددها وبحاجة اليها ، وقد عاقه عن متابعة بدايتها والتوسع فيها مرضه ثم وفاته رحمه الله ، وككتاب « **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية** » للاستاذ الجليل الشيخ محمد أبي زهرة ، وقد اقتصر فيه على بحث العقد دون بقية مصادر الالتزام ، كما انه لم يبحث الا عن انشاء العقـــد دون آثاره وانحلاله .

على أن شروح نظرية الالتزام في الفقه الاجنبي الى جانب ذلك بين أيدينا بمباحثها وطريقتها يسهل علينا بعض التسهيل هذه المهمة في فقهنا ، فلم نبق في حاجة الى ابتكار مخطط الموضوع في شتى شعبه ونواحيه ،بل تقتصر حاجتنا على التتبع والاستقصاء لاستخراج مايناظر أجزاء تلك النظرية الاجنبية ويقابلها في فقهنا الجم ، ثم سبكه بترتيبها . وبذلك تتجلى الحيوية التي يجب ان نتعرفها في عناصر فقهنا العظيم .

وهذا ما صح عزمي عليه بفكرة مفاجئة بعد شروعي في دروس هذا العام على طريقة ترتيب المجلة التقليدي ، فحولت الشراع على عجـل ، وغيرت الاتجاه بشيء من التردد والوجل ، لما يعوزني في هـذا العمل من سعة وقت ، وسابق تفكير واستعداد .

فلتكن هذه المحاولة نظرة عجلى ، ورائداً في فقهنا الاسلامي لاسلوب مستقر ، وتنقيح مستمر .

وقد رأيت أن اجعل هذا الجزء الثالث من سلسلة « **الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد** » مدخلاً خاصاً الى « **النظرية العامة للأحكام المدنية** » في الفقه الاسلامي ، بمثابة قسم تمهيدي يجمع المعلومات التمهيدية الضرورية لفهم تلك النظرية العامة التي تأتي بعده في الجزء الرابع ان شاء الله .

ويتكون هذا القسم التمهيدي في هذا الجزء من ثلاثة أبواب :

الاول - يبحث في معلومات عامة عن الحق والالتزام .

والثاني - يبحث في الاموال واقسامها واحكامها العامة

والثالث - يبحث في الاشخاص من طبيعة واعتبارية وفي احوالها واحكامها العامة اجمالاً .

ومن الله تعالى استمد العون . واستوحي هدايه السبيل ، انه حسبي ونعم الوكيل .

دمشق في ٩ من ربيع الاول سنة ١٣٦٥ هـ

الموافق ١٠ من شباط سنة ١٩٤٦ م

مصطفى أحمد الزرقا

معلومات عامة

عن فكرة الحق والالتزام ومنشئهما ومصادرهما

الفصل الأول

الحق

الفرع الأول

منشأ فكرة الحق – معنيا الحقوق
– تعريف الحق بمعناه العام .

١ – منشأ فكرة الحق

ان فكرة الحق في ذاتها هي ثمرة من ذلك التفكير الاجتماعي في الرأي العام البشري . فقبل أن يبدأ البشر بالمعيشة المجتمعة وتتولد من أعمالهم فيما علائق دعتهم الى التفاهم على حدود وشرائط توضع لتلك الاعمال والعلائق ، وعلى نتائج تحدد لها ، لايمكن أن يتصور الشيء الذي سمي بالحق .

ولكن كل جماعة من الجماعات التي صارت تتكل على نفسها في عهد الانسان الاول ، وتعيش عيشة مشتركة متعاونة ، كانت تجد نفسها أمـــام حاجات دائمة التولد من لوازم الغذاء والكساء والمأوى . وتلك الحـاجات تدفع بأصحابها الى التماس وفائها مما في أحضان الطبيعة أو مما في حيازة الآخرين. فتصادم الاحتياجات ، وتعارض الارادات والحريات في اكتساب مـايقوم بوفاء تلك الحاجات ، كان هو الشيء الذي يشترك في الشعور به كل جمـاعة في كل مجتمع . وكان هذا هو العامل الوحيد في الشعور بضرورة وضع النظـام بجانب الحاجات ، كي لاتطغي حاجة انســان على حاجة غيره ، ولا تصطدم حريته بحرية سواه .

وليس هذا النظام الذي شعرت به البشرية جمعـاء شعورها بالحاجة الى الغذاء والكساء في أقدم عصورها سوى **فكرة الحق** الذي يضع حداً يحجز بين حاجات الناس ان تلتهم احداهـا الاخرى ، ويحول بين حريات الافراد أن تصطدم فتتهاتر وتنهار .

ففكرة الحق هي النظام الذي يخط لتلك الحريات الاكتسابية مسالكها على هذه الارض الواسعة ، كي تصل كل حرية بصاحبها الى حوائجه بلا اصطدام وان طال الطريق ، مثلما تجري الكواكب في أفلاكها وطرائقها من الفضاء الواسع كما وجهها بارئها لاتحيد فلا تصطدم .

ومن ثم تواردت آراء البشر أجمعين منذ أقدم العصور على الاقرار بفكرة الحق ، وتكون هذا الرأي العام البشري حول حرمتهـا والاحتجاج بها . وقد تسلسل ذلك وازداد على الدهور تمتيناً وتمكينـــاً بنمو الادراك الاجتماعي ، وبتوسع الحياة المدنية ، وازدياد الشعور بمعنى الحق ، وان تفاوتت عقول البشر ومداركهم وأعرافهم وحاجاتهم في تحديد جزئيات هذا المفهوم

الكلي للحق ، وتعيين مواقعه ، ورسم طرقه ، كما يتفاوت خضوعهم لحرمة الحق وقدسيته .

وهذا الاختلاف في تعيين مواقع الحقوق وفي حرمتها كان من أعظم الاسباب التي منعت البشرية أن تعيش في نعيم مطمئن بعد اتفاقهم على فكرة الحق .

وقد جاءت الشرائع الإلهية ، وآخرها الشرع الاسلامي ، بالنظم المدنية لتعيين هذه الحقوق الجزئية التي قد يخطيء ويصيب البشر في تعيينها ، ولتفرض حرمتها وقدسيتها فتصلها بارادة الباريء تعالى .

وقد تكفل الفقه الاسلامي من هذه النظم والأحكام ، اصولاً وفروعاً ، بأوسع ماعرفه تاريخ التشريع .

٢- معنيا الحقوق :

والحقوق لها معنيان اساسيان :

أ) - فهي ، أولاً ، تكون بمعنى « **مجموعة القواعد والنصوص التشريعية** » التي تنظم ، على سبيل الالزام ، علائق الناس من حيث الاشخاص والاموال .

فهي بهذا المفهوم قريبة من مفهوم **خطاب الشارع** المرادف لمعنى « **الحكم** » في اصطلاح علماء اصول الفقه ، أو لمعنى « **القانون** » في اصطلاح علماء القانون .

وهذا المعنى هو المراد عندما نقول مثلاً : **الحقوق المدنية** ، أو القانون المدني .

ب) - وهي ، ثانياً ، تكون جمع « حق » بمعنى السلطة والمكنة[1]

---

(١) - المكنة (بفتح فكسر) في اللغة بمعنى القوة ، أو الشدة ، أو السلطة ، من قولهم : مكنته من الشيء تمكيناً ، اذا جعلت له عليه سلطانا وقدرة .

(ر المصباح المنير) .

المشروعة ، أو بمعنى المطلب الذي يجب لأحد على غيره .

وهذا هو المراد في مثل قولنا : ان للمغصوب منه حق استرداد عين ماله لو قائماً ، وأخـذ قيمتـه أو مثله لو هالكاً ، وان للمشتري حق الرد بالعيب ، وان التصرف على الصغير هو حق لوليه أو وصيه ، ونحو ذلك .

والحق بهذا المعنى هو غالباً موضوع الدراسة . وتحت مفهومـه العام أنواع وأقسام .

٣ - تعريف الحق بمعناه العام :

ولم أر للحق بمفهومه العام تعريفاً صحيحاً جامعاً لانواعه كلها لدى فقهاء الشريعة أو القانون .

ويمكننا تعريفه كما يلي :

« الحق هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً »

وذلك كحق الولي في التصرف على من تحت ولايته ، فانه سلطة لشخص على شخص ، وكحق البائع في طلب الثمن من المشتري ، فانـه تكليف على الثاني لمصلحة الاول ، وكحق الوارث في ملكية اعيان التركة الموروثة ، وحق الانسان في منفعة العقار الموصى له بمنفعته ، فانها سلطة لشخص على شيء.

واليك تحليل هذا التعريف وايضاحه :

١) — الاختصاص هو علاقة تشمل الحق الذي موضوعه مالي كاستحقاق الدين في الذمة بأي سبب كان ، والذي موضوعه ممارسة سلطة شخصية كممارسة الولي ولايته والوكيل وكالته . وكلاهما حق لشخص فيجب ان يتناوله التعريف .

٢) — هذه العلاقة لكي تكون حقاً يجب أن تختص بشخص معين أو بفئة ، اذ لا معنى للحق إلا عندما يتصور فيه ميزة ممنوحة لصاحبه وممنوعـة عن غيره : فالثمن يختص به البائـع ، وممارسة الولاية أو الوكالة يختص بها

الولي او الوكيل . فلا وجود لفكرة الحق إلا بوجود الاختصاص الذي هو قوامها وحقيقتها .

وبذلك تخرج العلاقة التي لا اختصاص فيها وانما هي من قبيل الاباحات العامة كالاصطياد ، والاحتطاب من البراري ، والتنقل في اجزاء الوطن ، فلا تعتبر حقاً بالمعنى المراد هنا ، وانما هي رخصة ولكن اذا منح انسان امتيازاً باستثمار شيء من هذه المباحات فانحصرت به يصبح ذلك حقاً له

٣ ـ انما اشترط اقرار الشرع لهذا الاختصاص وماينشأ عنه من سلطة أو تكليف ، لان نظرة الشرع هي اساس الاعتبار ، فما اعتبره الشرع حقاً ومالا فلا .

٤) ـ وانما قلنا : « **سلطة أو تكليفاً** » لان الحق تارة يتضمن سلطة ، وتارة تكليفاً .

والسلطة نوعان : سلطة على شخص ، وسلطة على شيء معين .

ـ فالسلطة على شخص كحق الولاية على النفس ، اذ يخول الولي أن يمارس سلطة على القاصر تأديباً وتطبيباً وتعليما وايجاراً وتزويجاً وغير ذلك . وكذلك حق حضانة الصغير وتربيته .

والسلطة على شيء معين كحق الملكية ، فانها سلطة للانسان على ذات الشيء ، كما سنرى قريباً ، وكحق التملك بالشفعة ، وحق الانتفاع بالاعيان، وحق الولاية على المال .

ـ أما التكليف فهو دائماً عهدة على انسان . وهو اما عهدة شخصية كقيام الاجير بعمله ، واما عهدة مالية كوفاء الدين .

فالعطف بحرف (أو) في قولنا : « سلطة أو تكليفاً » يفسح مجالا لتوزيع موضوعي الحق وهما (السلطة والتكليف) على موضعها وهما (الشخص والشيء) بحسب ما يناسب كلا منها :

فالحق في الشيء هو سلطة لصاحبه عليه أبداً . والحق على الشخص هو اما تكليف عملي أو مالي عليه ، واما سلطة لغيره كما رأينا في الامثلة .

٥) ان هـذا التعريف ، كما يشمل بعمومـه جميـع انواع الحقوق المدنية ، يشمل الحق الديني لله تعالى كفروضه على عباده في صلاة وصيام ونحوهما.

ويشمل ايضاً الحقوق الادبيـة كحق الطاعـة في معروف للوالد على ولده ، وللرجل على زوجته

وكذا يتناول حقوق الولاية العامة في اقرار النظام ، وقمع الاجرام ، والامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والجهاد ، ونشر الدين والدعوة ، لان كل ذلك واشباهه اما سلطة يختص بها من أثبتها له الشرع ، واما تكليف بأمر على مكلف به شرعاً .

على أنه لا علاقة لما سوى الحقوق المدنية بموضوع دراستنا هنـا ، ولكن التعريف للحق بمعناه العام يجب ان يكون شاملاً لجميـع أنواعه .

٦) - بما تقدم يتبين ان الحق بهذا المعنى الاصطلاحي لا يشمل الاعيان المملوكة ، لانها اشياء مادية وليست اختصاصاً فيه سلطة أو تكليف .

ويؤيد ذلك ان الفقهاء يذكرون الحقوق في مقابلة الاعيان ، والحنفيـة يذكرونها في مقابلة الاموال ، ويقولون : ان الحق ليس بمال .

(ر : كتاب « الحق والذمة » للاستاذ الفقيه الشيـخ علي الخفيف استاذ الشريعة الاسلامية في كلية الحقوق بالقاهرة) .

وهذا يتفق مع رأي المحققين من علمـاء القانون ، اذ يرون ان قول القائل « هذا الشيء ملـكي » هو من قبيل المجاز العرفي ، وانما التعبير الحقيقي ان يقال : « الشيء الذي لي فيه حق ملكية [1] » .

---

(١) - عرف الاستاذ العلامة عبد الرزاق السنهوري الحق بمعناه العام في المعاملات بأنه : (مصلحة مالية يقرها القانون للفرد) (نظرية العقد ص / ٢)

= وهذا التعريف في الأصل هو للفقيه الالماني (اهرنج) وهو ينتقد من وجوه :

أولاً) انه مقصور على الحق في المعاملات ، فلا يشمل بعض الحقوق الناشئة في زمرة الاحوال الشخصية كحق الولي والوصي في ممارسة سلطتها على القاصر ، وحق الزوج في طاعة زوجته له ومتابعتها .

ثانياً) انه ايضاً غير جامع لافراد الحقوق في المعاملات من جهة تقييده بأنه ذو قيمة مالية ، فانه لايتناول الحقوق التي هي من قبيل الصلاحيات غير المالية كحق الوكيل في ممارسة العمل الموكل به ، فان حقه في هذه الممارسة ليس مصلحة مالية وانما هو سلطة . وان كان العمل موضوع الصلاحية ذا قيمة مالية .

ثالثاً) ان الحق ليس هو المصلحة التي يفسرونها بالمنفعة ذاتها ، وانما هو اختصاص الشخص بهذه المصلحة وعلاقته بها . فليست المصلحة في الحقيقة سوى متعلق الحق ، أي محل له، وليس هو اياها ، وانما هو صلة او علاقة اختصاصية بين الشخص وبين المصلحة .

ولهذا لجأ بعض القانونيين بعد (إهرنج) الى تعديل هذا التعريف فقالوا .

(الحق هو القدرة على القيام باعمال معينة لتحقيق مصلحة يحميها القانون) .

(ر : « النظرية العامة للحق » للدكتور شفيق شحاتة ف/ ٧ — ٨) .

وهذا التعريف أيضاً غير سديد لان القدرة ، وهي المكنة القانونية ، انما هي أثر للحق ونتيجة يستلزمها ، وليست هي الحق نفسه ، كما انه يحصر الحق في قيام صاحبه باعمال بينما للحق صور اخرى كحق الزوج على زوجته في الطاعة المشروعة .

أ) - فالشيخ عبد الحليم بن محمد امين اللكنوي في حاشيته (قمر الاقمار) على كتاب (نور الأنوار) شرح (المنار) في علم أصول الفقه قد عرف الحق بأنه (حكم يثبت) .

وهذا التعريف غير قويم ، لان الحكم في اصطلاح الاصوليين هو : (خطاب الشارع) من أمر ونهي ونحوهما ، وان الحق أثر لهذا الخطاب ينشأ عنه وليس هو إياه

وان أريد بالحكم معناه في اصطلاح الفقهاء ، وهو الاثر المترتب على الحادث كانتقال الملكية بالبيع ، واحتباس المرهون بعقد الرهن الخ ... كان التعريف ايضاً غير مفيد ، لان لفظ الحكم عام يشمل ما جعله الشارع مباحاً ، وما شرعه على سبيل الاستحسان لا الالزام . فيكون التعبير بلفظ (الحكم) مبهماً لا يبين حقيقة مفهوم الحق ومميزاته التي يجب ان يكشف عنها التعريف وهي الاختصاص ، والسلطة أو التكليف . =

ب) - وقد نقل هذا التعريف الاستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف ، وانتقده بأنه تعريف عام يبين بعض جهات الحق دون بعضها الآخر . ثم عرفه هو تعريفاً آخر بقوله : (الحق هو مصلحة مستحقة شرعاً) .

(ر : كتاب الحق والذمة ص / ٣٦) .

ولكن هذا التعريف ايضا فيما أرى غير محكم لعدة ملاحظات :

(أولاً) - لانه كسابقه لا يبين خصائص الحق المميزة له .

(ثانياً) - لان الحق ليس هو المصلحة التي يفسرها الاستاذ الخفيف بالمنفعة ذاتها ، وإنما هو العلاقة الاختصاصية بها لصاحب الحق ، كما أوضحناه في نقد تعريف الاستاذ السنهوري .

(ثالثاً) - لان في هذا التعريف ما يسميه المناطقة (دوراً) ويسمى في اصطلاح الفلسفة الحديثة : (دائرة فاسدة Vice cercle) وهو ان يؤخذ في التعريف الشيء المراد تعريفه أو بعض مشتقاته ، كما لو قيل مثلاً في تعريف العلم : (العلم هو ادراك المعـلوم) ، إذ يتوقف عندئذ فهم التعريف على معرفة سابقة بالعلم المراد تعريفه ، بينما هذه المعرفة متوقفة عـلى فهم التعريف ، وهذا ممنوع في التعاريف .

فاذا قيل هنا : (الحق هو مصلحة مستحقة شرعاً) لم تمكن معرفة الحق الاصطلاحي الا بفهم معنى كلمة (المستحقة) وهذه لايفهم معناها الا بمعرفة الحق فيحصل التانع .

ولذا استقر رأيي على التعريف الذي وضعته في هذا الكتاب ، وأرجو أن يكون سديداً .

الفرع الثاني

تقسيم الحق الى مالي وغير مالي :
تقسيم الحق المالي الى شخصي وعيني –
– ايضاح النوعين الحقوق العينية
اصلية وتبعية .
ثمرات التمييز بين الحقين: الشخصي
والعيني – رأي الاستاذ السنهوري فيه
بالنسبة الى الفقه الاسلامي ، ونقد هذا
الرأي – انقلاب احد الحقين الى الآخر –
اشتباه النظر بينهما أحياناً .

٤ – تقسيم الحق

يتضح مما تقدم أن الحق العام ينقسم الى قسمين اساسيين : مالي وغير مالي.

- فالحق المالي هو مايتعلق بالمال كملكية الاعيان أو الديون أو المنافع .

– وغير المالي كحق الولي في التصرف على الصغير ، والحقوق السياسية أو الطبيعية كحقي الانتخاب وحق الحرية .

ثم أن الحق المالي وهو المقصود ببحثنا هنا يتفرع الى نوعين مهمين وهما : **الحق الشخصي ، والحق العيني .**

٥ – (أ) – الحق الشخصي والالتزام

كل علاقة شرعية بين شخصين يكون أحدهما فيها مكلفاً تجاه الآخر ان

يقوم بعمل فيه مصلحة ذات قيمة للآخر، أو ان يمتنع عن عمل مناف لمصلحته، مهما كان مصدر تلك العلاقة، فانها تفسر في الاصطلاح الفقهي ويعبر عنها بأنها حق شخصي للمستفيد منها كما انها في الوقت نفسه التزام على الآخر المكلف بها.

ينطبق هذا على العلائق التي تنشئها تصرفات الارادة (العقد، والارادة المفردة) كما في البيع مثلا، فان أحد المتبايعين (المشتري) هو صاحب حق في تسلم المبيع، والآخر (البائع) ملتزم بالتسليم، وفي الوقت نفسه يعتبر هذا البائع الملتزم بتسليم المبيع صاحب حق في قبض ثمنه، وذلك المشتري صاحب الحق في استلام المبيع ملتزماً بدفع ثمنه

٦ وينطبق هذا التحليل أيضاً على العلائق التي تنشأ وتتولد من الافعال: فمن يأتي فعلا ضاراً بغيره في جسمه أو ماله أو شرفه يترتب عليه التزام نحو المضرور بتعويض مالي عن الضرر الذي الحقه به كما ينشأ للمضرور حق عليه بذلك التعويض. فالضار ملتزم، والمضرور صاحب حق شخصي، أو ملتزم له.

وينطبق أيضاً على العلائق التي يوجبها القانون مباشرة كالنفقة بين الاقارب، للفقراء العاجزين منهم على الاغنياء، فالغني ملتزم قانونا بالنفقة على قريبه الفقير العاجز عن الكسب بحدود وشرائط معينة، وذلك الفقير صاحب حق شخصي على قريبه الغني المذكور.

وهكذا يقال في كل علاقة متشابهة بين شخصين مهما كان مصدرها المولد لها.

٧ - تعريف الحق الشخصي.

ويمكننا تعريف الحق الشخصي بأنه مطلب يقره الشرع لشخص على آخر.

وهذا الحق يكون متعلقه:

- تارة قياماً بفعل ذي قيمة لمصلحة صاحب الحق،
- وتارة امتناعاً عن فعل مناف لمصلحته.

وذلك كحق كل من المتبايعين على الآخر، فان أحدهما يستحق على

الآخر أداء الثمن ، والآخر يستحق تسليم المبيع (وكل من هذين الحقين فعل).

وكذا حق المودع على الوديع في أن لا يستعمل الوديعة ، وهذا (امتناع عن فعل)

٨ - (ب) الحق العيني

فاذا كانت العلاقة الحقوقية المباشرة ليست بين شخصين أحدهما مستحق على الآخر وذلك الآخر مكلف ومسؤول ، ولكنها بين شخصين وشيء مادي معين بذاته بحيث يكون الشخص ذا مصلحة اختصاصية تخوله سلطة مباشرة على عين مالية معينة ، فان هذه العلاقة تفسر ويعبر عنها في لغة القانون بأنها حق عيني في ذلك الشيء المعين لصاحب السلطة عليه . وذلك كحق الملكية ، فانه سلطة قانونية مباشرة لصاحبه المالك على الشيء المملوك وهذه السلطة لايتوقف تحقق معناها قانوناً ولا ممارستها على وجود شخص آخر غير المالك أو وساطته ، بل معناها متحقق بمجرد وجود المالك والمملوك . ويستطيع المالك ممارسة سلطته هذه على الشيء المملوك والتمتع بثمراتها المشروعة من استعمال أو استغلال أو استهلاك أو احتباس دون توقف على أحد .

ومثل ذلك يقال في حق الارتفاق المقرر على عقار معين ، كحق المرور أو المسيل ، أو تحميل الجذوع على الجدار المجاور ، فان المرتفق بهذه المنافع انما ينتفع بالشيء دون وساطة شخص يتوقف عليها الاستيفاء الطبيعي لهذا الحق شرعاً[1] .

---

(١) - يلاحظ في هذا المقام ان التشريع العقاري الحديث يعتبر حق الارتفاق العقاري تكليفاً مرتباً على عقار معين لمنفعة عقار آخر معين ، (انظر المادة/٩٦٠ من القانون المدني السوري) وهذا قد يشعر بامكان تصور بعض الحقوق العينية مجردة عن صاحب . ووجهة النظر في ذلك ان تبدل المالكين في العقارين لا يغير من وضعية الحق بين العقارين ، فالحق مرتبط=

وكذا حق الاحتباس لعين معينة حيث يسوغه القانون توثيقاً لدين ، كاحتباس المال المرهون . فالدين المرهون به هو حق شخصي بين شخصين ، أما حق الدائن المرتهن في احتباس المال المرهون لديه توثيقاً لاستيفاء الدين (ويسمى قانوناً : **حق الرهن**) فهو حق عيني ، أي سلطة مباشرة له على ذلك الشيء المرهون أي أن العلاقة فيه هي بين شخص وشيء ، لا بين شخص وشخص .

فليس في الحق العيني سوى عنصرين بارزين هما : **صاحبه** ، **ومحله** ، وهذا المحل هو الشيء

وذلك بخلاف الحق الشخصي ، فان فيه رابطة شرعية حقوقية بين شخصين كما تقدم . ففيه - ماخلا العنصرين السالفي الذكر في الحق العيني - عنصر ثالث هو المكلف أو المدين .

وبذلك يكون استيفاء الحق الشخصي في الحالة الطبيعية بواسطة من عليه الحق ، فلا بد من التوجه اليه لطلبه منه واقتضائه

ولذا كان استيفاء صاحب الحق الشخصي اياه بنفسه **بالقوة والعنف** دون رضى المكلف المدين ولا وساطة القضاء يعتبر في نظر الشرائع عملاً إجرامياً يعاقب عليه صاحب الحق [1]

ويلحظ في هذا المقام أنه قد يوجد حول شيء واحد حقان شخصي وعيني ، باعتبارين من ناحيتين مختلفتين ، كما في الشيء المغصوب مثلا :

= بالعقار لا بمالكه . ووجه التوفيق بين هذا المفهوم وبين التعريف المأثور للحق العيني هو ان الانتفاع بحق الارتفاق انما يكون للشخص المالك وهو الذي يمارس سلطة الحق .

(١) أما اذا وقع للمدين المماطل مال في يد دائنه ، فأخذ منه الدائن مقدار حقه الحقيقي دون علم المدين ، فذلك جائز له ديانة أما في نظام القضاء فان القاضي اذا رفع الامر اليه لا يقره عليه ، بل يوجب عليه الرد ما لم يثبت دينه ويقض له به ، كما تقدم في الجزء الاول المدخل الفقهي العام (ر : ج ١ ف/١٠٨٤ و الحاشية الاخيرة ، و ٦٥٥).

ـ فملكية المالك للشيء المغصوب هو حق عيني ، لانها علاقة مباشرة بينه وبين الشيء المغصوب تقتضي له سلطة مشروعة عليه

ـ أما حقه على الغاصب في أن يرد اليــه ذلك الشيء المغصوب فهو حق شخصي ، أي علاقة بينه وبين الغاصب ، هو فيها مستحق للرد ، والغـــاصب ملتزم به .

٩ ـ ملاحظات :

مما تقدم عن الحقين الشخصي والعيني تلحظ وتستخلص الملاحظات التالية:

١) ان الحق العيني يجب أن يكون الشيء الذي هو محله معيناً بذاته في الوجود الخارجي ، كي تنصب عليه سلطة صاحب الحق مباشرة وبلا واسطة .

فاذا لم يكن محل الحق معيناً بذاته بل بنوعه فقط كما في شراء كميـــة محددة المقدار غير معينة الذات من القمح أو السكر أو نحوهما ، فان هذا المحل يكون من قبيل الدين لا العين ، فلا يكون متعيناً في الوجود الخارجي ، بل مكانه الاعتباري هو الذمة ، فلا يكون الحق عينياً بل شخصياً .

وكذا اذا هلك المغصوب في يد الغاصب ، فانتقل حق المالك من عـين المغصوب الى قيمته في ذمة الغاصب ، صار حقه في القيمة حقاً شخصياً .

٢) ــ أن السلطة التي تصاحب الحق العيني على الشيء محل هذا الحق ليس معناها أن يكون ذلك الشيء في يده ، بل يعتبر له هذه السلطة عليه بمقتضى حقه العيني فيه ولو كان ذلك الشيء محـــل الحق موجوداً في حيازة شخص آخر ، بوجه مشروع ، كالوديعة عند الوديـع ، أو بوجه غـير مشروع ، كالمغصوب عند الغاصب ، والمسروق عند السارق . فالغاصب والسارق متسلطـان على الشيء سلطة فعلية ، ولكن ليس لهما حق عيني فيه ، إنما الحق العيني فيه لصاحب السلطة المشروعة القانونية وهو المالك وان لم يكن ذلك الشيء في حيازته .

١٠ - الحق العيني نوعان : أصلي وتبعي

وبالتأمل بالأمثلة التي أوردناها عن الحق العيني يتضح ان هذا الحق نوعان:

١) - نوع ذو مفهوم ووجود مستقل يتحقق بمجرد وجود صاحب الحق ومحله الذي هو الشيء المعين ، كحق الملكية وحق الارتفاق .

٢) - ونوع آخر توثيقي يثبت ويقرر لشخص دائن على مال معين لشخص آخر مدين له ، ليتمكن الدائن ان يستوفي دينه منه عند عدم وفاء المدين ، كحق المرتهن في احتباس المال المرهون . فهو حق عيني غير مستقل في مفهومه ووجوده ، بل هو تابع للدين لأنه توثيق لاستيفائه . فاذا سقط الدين بوفاء أو بابراء أو غير ذلك من اسباب انقضاء الالتزام سقط حق المرتهن في احتباس المرهون (أي حق الرهن) لأنه تابع لذلك الحق الشخصي (أي الدين المرهون فيه) .

- فالنوع الأول المستقل يسمى في الاصطلاح القانوني : **حقاً عينياً اصلياً** .

أما غير المستقل فيسمى **حقاً عينياً تبعياً** .

والحق العيني الاصلي سلطته تخول صاحبه احدى أو جميع المكنات الثلاث التالية : (١) استعمال العين محل الحق (٢) واستغلالها (٣) والتصرف بها .

١١ - وهذه المكنات الثلاث اذا اجتمعت شرعاً في حق عيني كونت فيه أوسع سلطة يمكن أن يكسبها صاحب حق عيني . ولكنها لاتجتمع كلها الا في حق عيني واحد هو ملكية الشيء ولذلك توصف الملكية بانها أوسع الحقوق العينية مدى .

وتوجد الى جانب حق الملكية حقوق متفرعة عنه لاتخول صاحبها الا بعض هذه المكنات كحق الاستعمال ، وحق الانتفاع ، وحق السكنى ،

وحقوق الارتفاق القانونية .

أما الحق العيني التبعي فسلطته لاتخول صاحبه شيئاً من هذه المكنات أو المزايا ، لأن غايته توثيق حق شخصي لصاحبه كما تقدم ، فسلطته تنحصر في ضمان استيفاء ذلك الحق الشخصي من المال المقرر عليه هذا الحق العيني التبعي ، بطريق الاولوية على غيره من الدائنين الآخرين[1] .

---

(١) - وهناك نوع ثالث حديث من الحقوق المالية أوجدته أوضاع الحياة المدنية والاقتصادية والثقافية الحديثة ، ونظمته القوانين العصرية والاتفاقات الدولية ، يسميه بعض القانونيين : الحقوق الادبية ، كحق المخترع والمؤلف وكل منتج لأثر مبتكر فني أوصناعي . فان لهؤلاء حقاً في الاحتفاظ بنسبة ما اخترعوه أو انتجوه اليهم ، في احتكار المنفعة المالية التي يمكن استغلالها من نشره وتعميمه . ومثله العلامات الفارقة الصناعية ، والعناوين التجارية ، وامتيازات اصدار الصحف الدورية . كل ذلك بشرائط وحدود تقررها القوانين المحلية والاتفاقات الدولية .

فهذا النوع من الحقوق لم يكن معروفاً في الشرائع القديمة ، لانه وليد العوامل والوسائل المدنية والاقتصادية الحديثة .

وهو لا يدخل في الحقوق العينية لانه لا يرد مثلها مباشرة على شيء مادي معين ، كما انه لا يدخل في الحقوق الشخصية لانه لايفرض تكليفاً خاصاً على شخص معين آخر غير صاحب الحق .

والقصد من اقرار هذه الحقوق انما هو تشجيع الاختراع والابداع ، كي يعلم من يبذل جهده فيها انه سيختص باستثمارها ، وسيكون محمياً من الذين يحاولون أن يأخذوا ثمرة ابتكاره وتفكيره ويزاحموه في استغلالها .

وفي الشرع الاسلامي متسع لهذا التدبير تخريجاً على قاعدة المصالح المرسلة في ميدان الحقوق الخاصة . وقد تقدم ايضاح تلك القاعدة في الجزء الاول (المدخل الفقهي العام) ، فلينظر هناك (ج ١ ف ٣/٢٩) .

وقد رجحنا أن نسمي هذا النوع « حقوق الابتكار » لان اسم « الحقوق الادبية » ضيق لايتلاءم مع كثير من افراد هذا النوع ، كالاختصاص بالعلامات الفارقة التجارية ، والادوات الصناعية المبتكرة وعناوين المحال التجارية ، مما لاصلة له بالادب والنتاج الفكري .=

١٢ ـ ثمرة التمييز بين الحقين :

لهذه التفرقة بين الحقين العيني والشخصي ثمرات ونتائج هامة . فقد اختص كل منها بمزايا تتناسب مع طبيعته نذكر منها مايلي :

١) لصاحب الحق العيني حق التتبع[١]

فله أن يتبع الشيء المتعلق به حقه في أي يد انتقل اليها ، أي انه ينتقل بحقه مع العين مهما كان سبب انتقالها من يد الى يد[٢] .

=أما اسم « حق الابتكار » فيشمل الحقوق الادبية كحق المؤلف في استغلال كتابه ، والصحفي في امتياز صحيفته ، والفنان في اثره الفني من الفنون الجميلة . كما يشمل الحقوق الصناعية والتجارية مما يسمونه اليوم بالملكية الصناعية ، كحق مخترع الآلة ، ومبتدع العلامة الفارقة التي نالت الثقة ، ومبتكر العنوان التجاري الذي أحرز الشهرة الخ ..

(١) ـ حق التتبع هو : الحق في اقتفاء عين معينة بذاتها حيثما وجدت للاستيلاء عليها ، أو لاستيفاء منفعة منها .

وحق التتبع هذا قد يكون ناشئاً عن تعلق الحقوق بالاعيان لذاتها ، كما اذا كانت العين نفسها أو منافعها ملكا لمتتبعها ، أو كان له حق ارتفاق عليها ، فيستولي عليها ليتمكن من التصرف أو الانتفاع بها . فذلك في الحالين نتيجة لتعلق الحق بذات العين .

وقد يكون حق التتبع ناشئاً عن تعلق حق بعين بالنظر الى ماليتها ، لا الى ذاتها وصورتها ، وذلك في حق الامتياز وحق الارتهان وحق الاحتباس (ر : ف / ٢٠ و٢١) فان هذه الحقوق ماشرعت الا لتكون وسائل لتوثيق الديون في الابتداء ، واستيفائها في النهاية ، عندما تجعل الاعيان المتعلقة بها محلا للوفاء ، فتباع لاجل هذا الغرض ، وذلك بسبب ماتقتضيه من أولوية صاحبها على غيره من الغرماء في الاستيفاء .

وفي هذه الحال لايظهر حق التتبع لذات العين ، لان المقصود منها هو ماليتها ، فاذا استبدلت بها قيمتها المالية تعلقت هذه الحقوق بتلك القيمة وانتقلت اليها ، ولا تقتفي العين ذاتها حينئذ ، كما لو باع الراهن المرهون باذن المرتهن اذ ينتقل الرهن الى البدل .

(ر : كتاب الحق والذمة للاستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف ، ص / ٧٩ .

(٢) ـ في الفقه القانوني حق التتبع هذا مقيد بقاعدة تقول « ان حيازة المنقول بحسن نية سند الملكية » فاذا كان ذو اليد الاخيرة قد حصل على العين المنقولة بطريق مشروع وبحسن=

وعلى هذا الأساس وضع الفقهاء القاعدة القائلة :

« ان دعوى العين لاتقام الا على ذي اليد »

فلو غصب انسان شيئاً ثم باعه أو غصب منه ، وتناقلته الأيدي ، ليس لصاحبه أن يدعي على الغاصب الاول برد عينه ، بل عليه أن يدعي بذلك على ذي اليد الاخيرة . وانما له ان يدعي بضمان قيمته وهـذا حق شخصي – على الغاصب الاول وعلى من بعده من ذوي الايدي السابقة (م/ ١٦٣٥) .

بخلاف الحق الشخصي ، فانه لايطلبه صاحبه الا من المكلف به اصالة أو نيابة ، لأنه لايمكن فيه مثل ذلك الانتقال والتتبـع لأنه متعلق بذمة المكلف وعهدته الشخصية ، فلا يسأل عنه غيره الا بارادة ذلك الغير كما في حالة الكفالة والحوالة .

أما الحق العيني موضوع البحث فانه متعلق بعين معينة كما رأينا لابـذمة شخصية . والعين يمكن أن تنتقل من يد الى أخرى دون ارادة صاحبها كما في الغصب والسرقة والضياع ، وهي منقلة بملكية صاحبها ، فينتقل حقه في عينهـا معهـا .

٢) – لصاحب الحـــق العيني التبعي – كما في الرهن – حق الاولوية والامتياز [١] .

=نية تستقر ملكيته فيه ولا تنزع ، ولصاحب العين أن يلاحق المسؤول الذي قبل الاخير الحائز بالضمان والتعويض حرصاً على استقرار المعاملات .

(١) – حق الامتياز هو حق ممنوح لانواع معينة من الديون أن تستوفى قبل غيرها اما من جميع اموال المدين ، أو من جزء معين من أمواله .

ولا يتحقق هذا الحق الا عند تزاحم عدة حقوق على الاستيفاء من مال معين ولاحدها حق التقدم على غيره ، فيكون لهذا الدين المتقدم حق الاولوية أو حق الامتياز .

ومن ذلك يتبين ان الحق العيني التبعي الذي يتمتع صاحبه بالامتياز لايكون الا تابعاً=

وعن هذا قال الفقهاء : ان حق المرتهن في استيفاء دينه من العين المرهونة مقدم على حقوق بقية الدائنين (م / ٢٧٩) .

أما الدائنون الشخصيون فمهما كان مصـــدر حقهم أو تاريخه فلا امتياز لأحدهم في التقدم على سواه ، بل توزع عليهم اموال المدين بنسبة ديونهم .

وقد نصوا على أن البائع لو مات مفلساً قبل تسليم المبيع المعين فالمشتري أولى به من سائر الغرماء بخلاف ما لو مـات المشتري مفلساً قبل أداء الثمن ، والمبيع قائم في تركته ، اذ يكون البائع أسوة الغرماء (المجلة / ٢٩٥ ، ٢٩٧) وسيأتي قريباً ايضاحه (ر : ف / ١٤) .

فالأصل في الحق الشخصي أنــه لايخول صاحبه امتيازاً الا بنص خاص استثنائي .

وقد وجد هذا الامتياز الاستثنائي شرعاً وقانوناً لبعض الحقوق الشخصية لاعتبارات خاصة .

أ) - فمن هذه الاعتبارات مايرجع الى الشك والريبه في الحق المزاحم. وذلك كما في تقديم دين الصحة على دين مرض الموت ، (م / ١٦٠٢) .

ب) ومنها مايرجع الى الضرورة .

وذلك كتقديم حق تجهيز الميت وتكفينه على ديونه :

- فعند الحنابلة يقدم ذلك على جميع الديون .

- وعند الحنفية انما يقدم على الديون العادية فقط أي غير الموثقة باحتباس عين معينة لاستيفائها منها؛ أما الديون الموثقة فتقدم على التجهيز والتكفين كدين المرتهن ، وثمن المبيع قبل تسليمه .

= لدين ومن ثم يسمى : حقاً تبعياً ، لانه تبع لدين فيبقى ببقائه ، ويسقط بسقوطه .
(ر : كتاب الحق والذمة للشيخ علي الخفيف ، ص ٦٦ و ٨٠)

ومن امتياز الحق الشخصي للضرورة قانوناً تقديم دين النفقة للزوجة والاولاد الصغار على بقية الديون العادية في الاستيفاء بمقتضى الاحكام القانونية لدينا ، لأن النفقة تتعلق بها حياة مستحقيها .

ج) - ومنها مايعود الى رجحان حق عام على حق خاص .

وذلك كامتياز ديون الضرائب الحكومية على ديون الناس العادية فتستوفى أولاً من طابق المفلس أو تركته في الأحكام القانونية .

٣) - يتم اسقاط مايصح اسقاطه من الحقوق العينية بارادة صاحبه المنفردة.

وذلك كالمرتهن فان له فسخ الرهن وان أبى الراهن .

بخلاف الحق الشخصي، فان اسقاطه بارادة صاحبه، كما في الابراء عن الدين، والحط من ثمن المبيع، لابد فيه من موافقة المدين ولو ضمنا ، وذلك بأن لا يرفض الاسقاط . ولذا كان من احكام الابراء انه يرتد برد المدين إذ قد يراه منافياً لمصلحته المعنوية (المجلة / ٧١٦ و ١٥٦٨).

وانما قلنا: (مايصح اسقاطه) ، لأن من الحقوق العينية مالا يقبل الاسقاط، كحق الملكية على ماتقدم في بحث خصائص الملكية في الجزء الاول (ف/١٢٣).

٤) - ان الحق العيني الناشىء عن عقد اذا هلك محله قبل تنفيذ العقد استحال تنفيذه وبطل العقد

وذلك كالمبيع المعين اذا هلك قبل التسليم (المجلة / ٢٩٣) ، والمأجور اذا هلك قبل التمكن من استيفاء المنفعة .

حتى انه في العقود المستمرة[1] كالاجارة ، والرهن ، والشركة ، اذا هلك

---

(١) - العقد المستمر : هو الذي يستغرق تنفيذه مدة من الزمن ، كالايجار والشركة أي ان الزمن الممتد هو عنصر اساسي في تنفيذه ويسمى ايضاً : عقد المدة ، والعقد الزمني.
ويقابله العقد الفوري وهو الذي يكون تنفيذه دفعة واحدة في الوقت المحدد له ، كالبيع=

محل الحق العيني، ولو بعد البدء بالتنفيذ، انتقضت تلك العقود لاستحالة استمرارها، كما لو هلك المأجور أو المرهون أو مال الشركة في يد المستأجر أو المرتهن أو الشركاء، اذ تبطل هذه العقود، ولا يكلف الطرف الآخر تقديم مال بحل محل الهالك.

٥) - ان الحق العيني يسقط بهلاك العين التي هي محله، لتعلقه بذاتها

ثم اذا كان هناك مسؤول عن هذا الهلاك يتحول ذلك الحق العيني الى حق شخصي بضمان القيمة، كهلاك المغصوب عند الغاصب.

وان لم يكن هناك مسؤول سقط لا الى عوض.

أما الحق الشخصي فلا يسقط بهلاك اموال المدين به لأنه تكليف غير متعلق في الاصل بمال معين. فاذا هلك مال المكلف فان مالاً آخر مما يقتنيه يصلح للوفاء[1].

١٣ - انقلاب الحق العيني الى شخصي، وبالعكس

أ) - كثيراً ماينقلب الحق العيني الى شخصي؛ فينقلب معه حكمه الذي كان ناشئاً عن عينيته.

وذلك كما في المغصوب. فانه، مادام باقية عينه على حالها في يد الغاصب، فللمالك حق عيني فيه يسوغ طلب استرداده.

= ولو كان الثمن فيه مؤجلا.

هذا تعريف علماء القانون وهو ملائم للنظر الفقهي.

(١) - يلاحظ هنا أن حق التعلي لايسقط بهلاك السفل، بل للمرتفق صاحب العلو أن يعيد بناء السفل ويتعلى عليه ويستغله حتى يدفع له صاحب السفل ماأنفق وذلك لان محل حق التعلي العيني لم يهلك هلاكا نهائياً، بل هو قابل للاعادة على وجه يمكن معه التعلي، لان حق المرتفق انما هو في التعلي على السفل لا في السفل ذاته. فان لم يعد صاحبه بناءه فللمرتفق أن يعيده بأمر القاضي ويحبسه عنه حتى يدفع له ماانفق، فيصان حقه دون أن يجبر صاحب السفل على البناء (ر: المجلة م / ١٣١٥).

لكن اذا حوله الغاصب الى صفة أخرى يحدث له بها اسم جديد – كما لو كان المغصوب حنطة فطحنها الغاصب حتى صار اسمها دقيقاً ، او كان المغصوب حديدة فصنعها سكيناً – يعتبر هذا كالاستهلاك ، ويتحول حقه عن استرداد عين المغصوب الى تضمين قيمته (المجلة / ٨٩٩) فيصبح حقه شخصياً بعد أن كان عينياً .

ومن هذا القبيل جميع صور ضمان الاعيان والمتلفات ، والصلح عن عين بمبلغ يلتزم في الذمة .

ب) – وأما العكس ، وهو انقلاب الحق الشخصي الى عيني ، فلم أجد من تعرض لذكره وهو نادر .

ويمكن تصويره بما اذا باع المدين لدائنه شيئاً بدينه ، أي بأن جعل الدين نفسه هو الثمن ، وهي حالة « الوفاء بمقابل » في اصطلاح الحقوقيين . فهنا يسقط الدين وينقلب حق الدائن الى ملكية العين .

أما لو لم يجعل الدين نفسه هو الثمن فان كلا منهما يصبح دائناً ومديناً ، فيتقاصان ولا يكون انقلاب (كما سنرى في بحث نتائج التمييز بين العين والدين في الفرع الخامس) .

وكذا تعلق حق الدائنين بتركه المدين المستغرقة بالدين اذا توفي ، كما سيأتي في الفقرة / ٢٤ / فان حقهم يكتسب صفة شبه عينية بعد أن كان شخصياً محضاً متعلقاً بالذمة .

١٤ هذا، وقد يختلف الاجتهاد والنظر في اعتبار عينية الحق وشخصيته ، فينشأ منه اختلاف الفقهاء في الاحكام ، استناداً الى اختلاف وجهة نظرهم في صفة الحق .

مثال ذلك ان المبيع يعتبر لبائعه حق عيني فيه يسوغه حبسه لديه حتى

استيفاء ثمنه المعجل الذي هو حقه الشخصي في ذمة المشتري ، فاذا سلمه البائع الى المشتري دون ان يقبض الثمن ، فمات المشتري مفلساً والمبيع قائم بعينه في تركته ، فهل يكون للبائع اولوية بأخذه من التركة مرجحاً فيه على سائر الغرماء ، أو يكون اسوة الغرماء فيما يصيب ثمنه من التركة ؟

ذهب الاجتهاد الشافعي الى اعتبار حق الاولوية للبائع وفي هذا اعتبار بقاء عينية حقه في المبيع قبل قبض الثمن مادام قائماً في التركة المستغرقة وهذا في الحقيقة مبني على ان للبائع حينئذ في الاجتهاد الشافعي حق فسخ البيع .

وذهب الاجتهاد الحنفي الى ان للبائع اسوة بالغرماء بلا اولوية (المجلة / ٢٨١ و ٢٩٥) معتبراً ان حق البائع انقطع من عين المبيع بعد تسليمه ، فأصبح شخصياً محضاً يتعلق بالثمن في الذمة ، والمبيع اصبح تركة محضة للمشتري كبقية امواله .

١٥ – رأي الاستاذ السنهوري هنا ، وانتقادنا عليه :

جاء في نظرية العقد للاستاذ العلامة عبد الرزاق احمد السنهوري (ص /٦ حاشية ٢) .

« ان الشريعة الاسلامية لايستشعر فيها بهذا التمييز بين الحق العيني والشخصي ، الا في بعض عبارات تأتي عرضاً في موضوعات مختلفة ميز فيها فقهاء المسلمين بين حق يتعلق بالعين وحق لايتعلق بها ، ولكنه تمييز غير واضح ، ولم تعقب عليه الفقهاء تعقيباً يتفق مع اهميته ، ولم تصغ منه نظرية ممهدة كما فعلت في النظريات الاخرى للفقه الاسلامي ، وان كان الفقهاء قد رتبوا لحق الرهن مثلا حق التقدم ونوعاً من حق التتبع » اه

اقول

أ) — أما أن فقهاء المسلمين لم يصوغوا نظرية ممهدة مستقلة للتمييز بين الحق الشخصي والحق العيني فنعم . وهـــذا راجع الى اختلاف مبنى الترتيب والصياغة بين الفقه الاسلامي والفقه الاجنبي .

فالفقه الاجنبي يقوم ترتيبه على اساس تقسيم أحكامه الى زمرتين منفصلتين

١) — زمرة **احكام الحقوق الشخصية** ، وتشتمل على النظرية العـــامة للالتزامات ، ثم أحكام العقود المسماة .

٢) **وزمرة أحكام الحقوق العينية** . وتسمي : « نظرية الاموال » .

ومن ثم برز للنظر هـــذا التمييز بين الحقين العيني والشخصي في الفقه الاجنبي والقوانين المصوغة منه ، لأن هـــذا التمييز هو أساس ترتيب الفقه الاجنبي كله .

أمـا الفقه الاسلامي فان ترتيبه وصياغته يقومان على أساس سرد مصادر الحقوق والالتزامات ، وبيان أحكامها ونتائجها في كل مصدر بحسب أحواله . فلم يبق مجال لأن يظهر تمييز فقهاء الفقه الاسلامي بين الحقين العيني والشخصي الا في فروع الاحكام المتفرقة لمن يتتبعها .

واذا كان فقهاؤنا لم يتخذوا هـذا التمييز بين نوعي الحق اساساً لترتيب فقههم كما فعل علماء القانون الاجنبي فليس من ذلك أبداً دلالة على عـــدم تمييز فقهائنا بين نوعي الحق وطبيعتيها تمييزاً ذاتياً !! إذ العبرة فيهذا التمييز لفروع الاحكام لاللترتيب .

وهذا مما دعانا الى صياغة فقهنا على غرار نظرية الالتزامات القانونية .

ب) — والواقع ان فقهاءنا قد ميزوا بين الحقين في جميع المسائل التي يقتضي هذا التمييز فيها اختلاف الاحكام ، ولهم في ذلك انظار دقيقة جداً .

— فمن ذلك الامثلة التي تقدمت في ثمرات التفرقة بين الحقين فكلها

أمثلة فقهية عزوناها الى مصادرها ، وهي تناظر تماماً مايذكره علماء القانون في هذا الصدد .

ـ ومن ذلك أيضاً تصريح فقهائنا بأن المبيع المعين إذا استحق [1] من يد المشتري ينتقض عقد البيع السابق ، فلا يكلف البائع اعطاء المشتري مثل المبيع الذي استحق من يده ، بل يسترد المشتري مادفع من الثمن لأن حق المشتري عيني متعلق بعين المبيع ، فباستحقاق المبيع استحال تنفيذ البيع فيبطل .

أما إذا استحق الثمن من يد البائع فلا ينتقض البيع ولا يسترد البائع المبيع وان كان قائماً ، وانما يرجع على المشتري بمثل الثمن المستحق ، لأن أصل الثمن حق شخصي للبائع في ذمة المشتري ، فاذا وفاه إياه بمبلغ معين فاستحق هذا المبلغ من يد البائع تبين عدم صحة وفاء الثمن فيوفيه المشتري مجدداً بمبلغ آخر .

ـ ومن ذلك أيضاً ماصرحوا به في بحث الحقوق التي تتعلق بالتركة ، وترتيب استيفائها ، فقد قالوا : ان الحقوق منها مايتعلق بعين التركة ، كالدين المتعلق بالمرهون والمأجور [2] وأرش جناية العبد الجاني في حياة مولاه [3] ، والمبيع المحبوس بالثمن ، والعبد المأذون بالتجارة اذا لحقته ديون ثم مات المولى

---

(١) ـ الاستحقاق هو أن يدعي أحد ملكية شيء موجود في يد غيره ويثبتها بالبينة ويقضي له بها ، (ر: ج١ف١٩٢/٣ الحاشية) .

(٢) ـ لفهم كيفية تعلق الدين بعين المأجور انظر ما سيأتي (ف/ ١٨) .

(٣) العبد اذا جنى جناية تعلق حق المجنى عليه بشخص العبد الجاني باعتبار أنه هو نفسه مال . فان لم يدفع مولاه أرش جنايته فداء لهيباع العبد ويستوفى أرش جنايته من قيمته، كما يباع المرهون لوفاء الدين . وقبل ذلك اذا مات المولى يكون هذا العبد الجاني من تركة الميت متقلاً بحق المجنى عليه كالمرهون .

ولا مال له سوى هذا العبد الخ .. ومنها مايتعلق بمالية التركة كالديون العادية التي على الميت .

– فالنوع الأول يقدم استيفاؤه على نفقات التكفين إلا إذا كان الحق قد يتعلق بالعين بعد صيرورتها تركة ، كالعين الموصى بها فان تنفيذ الوصية بها عندئذ يؤخر عن التكفين .

– وأما النوع الثاني فان التكفين يقدم عليه مطلقاً (شرح السراجية للسيد الجرجاني وحاشيته للعلامة محمد شاه الفناري) .

والعلة هي أن هذا النوع الثاني حقوق شخصية على الميت لا تتعلق بعين معينة من التركة ليكون لاستيفائها امتياز ورجحان .

– ومن ذلك أيضاً الفرع الآتي (آخر بحث نتائج التمييز بين العين والدين ف/١١٧) في الفرق بين إقرار المدين بوكالة الوكيل بقبض الدين واقرار الوديع بوكالة الوكيل بقبض الوديعة فلينظر .

وأمثال هذه الأمثلة في الفقه كثير .

فمجموعة هذه النصوص تدل على فكرة مبدأ عام لدى فقهائنا في هذا التمييز ، افرغوها عملياً في فروع الاحكام ، وان لم يصوغوها نظرياً بانسجام وإحكام ، شأنهم في صياغة الفقه عموماً بالاسلوب الفروعي لا الموضوعي ، كما أوضحناه في مقدمة الجزء الاول . ولكن تتجلى للباحث خلف تلك الفروع ، المبادىء العامة والنظريات الفقهية التي كانت تسود في فكر المجتهدين والمخرجين عند الاستنباط والتفريع .

الفرع الثالث

انواع الحق العيني

والحقوق شبه العينية

١٦ - أنواع الحق العيني في الفقه الاسلامي :

بعد ان وضح بما سلف بيانه التمييز الفقهي بين الحق العيني والحق الشخصي وثمرات هذا التمييز ، نورد فيما يلي أنواع الحقوق العينية في الفقه الاسلامي . ويمكن اجمالها في الأنواع التالية :

١ - حق الملكية

٢ - حق الانتفاع

٣ - حقوق الارتفاق

٤ - حق الارتهان

٥ حق الاحتباس

٦ - حق الوقفية

٧ - حقوق القرار على الاوقاف [1]

١٧ - حق الملكية : [2]

وهو في نظر الفقهاء حق يعطي صاحبه سلطة على الشيء تجعل له فيه ولاية ومكنة مطلقة ، ويخوله فيه جميع وجوه الاستعمال والانتفاع والاستهلاك مالم يلزم من ذلك ضرر بالغير فتتقيد حرية المالك بما تقتضيه صيانة حق الغير . وذلك كما في تصرف الشريك بالمال المشترك اذ يمنع عن كل تصرف مضر ، فلا يحق له تجاوز المعتاد في استعمال الدابة أو الثوب المشتركين مثلاً ، ولا يحق له استهلاكه ، فان استهلكه عد معتدياً وضمن نصيب شريكه .

وكذلك تقيد حريته في التصرف بالعقار ، ولو غير مشترك ، بما لا يضر بجيرانه . (ر : المجلة / ١١٩٢ ١٢١٢) .

١٨ - حق الانتفاع : [3]

الانتفاع هو من ثمرات الملكية وهذه الثمرات هي ، كالملكية ، حقوق

---

(١) - ان المادة /١٠/ من قانون الملكية العقارية السابق لدينا ذي الرقم /٣٣٣٩/ ، وبعده المادة /٨٥/ من القانون المدني السوري قد عددتا الحقوق العينية العقارية فبلغت اثني عشر حقاً معظمها داخل فيما بيناه وهي : حق الملكية - والتصرف - والسطحية - والانتفاع - والافضلية في الاراضي الخالية المباحة - والارتفاق - والرهون - والامتيازات والتأمينات - والوقوف - والاجارتين - والاجارة الطويلة - والخيار الناشىء عن وعد ببيع العقار .

والرأي الراجح أن الحقوق العينية غير مذكورة في القانون على سبيل الحصر .

(٢) - الملك هو : « اختصاص حاجز شرعاً يسوغ التصرف الا لمانع » والمانع يشمل نقص الاهلية كما في الصغير اذ يتصرف عنه وليه ، ويشمل حق الغير كما في المال المشترك والمال المرهون اذ تتقيد فيهما تصرفات الشركاء والراهن ، فوجوده لا ينفي الملك لانه عارض . وهذا التعريف يتناول ملكية الاعيان والمنافع والحقوق .

(٣) - المراد ملك المنفعة . وفقهاء الشريعة الاسلامية يفرقون بين حق الانتفاع وملك المنفعة . من حيث العموم والخصوص في المنشأ ، ومن حيث القوة والضعف في الحق : فلك -

عينية . وتتلخص في أمرين حق الاستعمال وحق الاستغلال ويشملهما حق الانتفاع لان كلا منهما منفعة تعود على المالك .

وحق الاستعمال قد ينفصل عن حق الاستغلال، كما في الموقوف للسكنى، والعقار الموصى بسكناه لشخص أو أشخاص، فان للموقوف عليه والموصى له أن يسكنا دون أن يستغلا بالايجار .

وقد يجتمع الاستعمال والاستغلال كما في العقار الموقوف للسكنى والايجار، أو الموصى به كذلك ، وكما في الشيء المأجور أو المعار ، ففي الاجتهاد الحنفي، للمستأجر أن يؤجر مالا يختلف باختلاف المستعملين كالعقار ، وللمستعير أن يعير سواء في العارية المطلقة (المجلة/٤٢٨ و ٨١٩) وذلك بناء على الاصل النظري: أن من ملك الشيء حق له تمليكه ، والمستأجر والمستعير مالكان للمنفعة فلهما تمليكها . ولكن ليس للمستعير أن يؤجر لان الاجارة أقوى من الاعارة ، ولا يستطيع الشخص تمليك اكثر مما يملك هو . فالاجارة عقد لازم ، والاعارة عقد غير لازم ، فلو ساغ للمستعير أن يؤجر العارية لامتنع حق المعير في الرجوع عن الاعارة واسترداد العارية .

غير أن قوانين الايجارات لدينا اليوم تمنع المستأجر أيضاً من أن يؤجر العقار المأجور الا باذن من المؤجر ، وفي هذا المنع حكمة ومصلحة كما سنراه في موضعه

ـ المنفعة فقهاً انما ينشأ عن عقد تملك كالوقف والاجارة والاعارة والوصية بالمنافع ، أما حق الانتفاع فهو أعم ، اذ يشمل هذا ويشمل أيضاً مجرد الانتفاع الناشيء عن اذن واباحة فقط من المالك . اما في اصطلاح علماء القانون فهما شيء واحد .

والاصل ان من ملك المنفعة يحق له تمليكها ، بخلاف من أبيحت له اباحة (ر: ج١ ف/١٣٠ وكتاب « الحق والذمة » للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص/٧٥) .

فيظهر مما تقدم أن حق الانتفاع قد ينشأ عن عقد بين الاحياء كالاجارة والاعارة ، أو عن وصية أو وقف .

وللمستأجر ، كما للمالك ، حق تتبع العين المأجورة باقامة الدعوى على من غصبها منه .

هذا ، وان حق المستأجر على العين المأجوره يمنع التنفيذ الفوري لتصرف المالك فيها ببيع أو اجارة من شخص آخر . وكذلك العين التي عليها حق الانتفاع لشخص بالوصية اذا تصرف بها الوارث .

فلو باع المؤجر المال المأجور لم يجب تسليمه الى المشتري الا بعد انقضاء مدة الاجارة حفظاً لحق المستأجر في الانتفاع . وان للمشتري الخيار في الفسخ أو الانتظار ان لم يكن عالماً بالاجارة عندما اشترى .

وللمستأجر ، اذا كان قد أسلف الاجرة ثم مات المؤجر أن يحتج بحقه على العين المأجورة تجاه بقية الدائنين فيكون مقدماً عليهم في استيفاء الاجرة من العين .

على أن هذا مبني على انفساخ الاجارة بموت أحد العاقدين في الاجتهاد الحنفي ، لكن الاحكام القانونية لدينا اليوم قد منعت هذا الانفساخ ، فيتابع المستأجر استيفاء المنفعة بقية المدة بعد وفاة المؤجر[1] .

١٩ – حقوق الارتفاق

الارتفاق منفعة مقررة لعقار على عقار آخر مملوك لغير الاول كالشرب

(١) – ان علماء القانون يفرقون بين حق الانتفاع الناشيء عن وقف أو وصية مثلاً، والناشيء عن اجارة الاشياء ، فيعتبرون الاول حقاً عينياً والثاني شخصياً . ويعللون ذلك بأن حق من وقفت عليه المنفعة وحق الموصى له بالمنفعة سلطة على العين تنصب عليها مباشرة دون حاجة الى توسط شخص آخر ، ولا تقوم بجانبه رابطة التزامية بين صاحب الحق ومن اعطاه اياه ، فكان محله العين التي هي مال .

والمسيل للاراضي ، وكالمرور والتعلي .

وحق الارتفاق في نظر الفقهاء من قبيل ملك المنفعة . وهي منفعة بين عقارين تابعة لهما على الدوام مهما انتقلت ملكيتها ، وان مالك هذه المنفعة هو مالك العقار المنتفع . ومن هنا تتجلى عينية هذا الحق (ر : المجلة / ١٢٣٢) .

وحق الارتفاق هذا هو في الحقيقة منفعة منتقصة من ملكية العقار المرتفق به (الخادم) لمصلحة العقار المرتفق (المخدوم) .

وبسبب هذه التبعية العقارية فيها لم تكن موقتة بوقت محدود كغيرها

ويؤكد ذلك أن هذا الحق في حالة الوصية لا يوجد الا بعد وفاة الموصي وهو الملتزم، وأنه في الوقف لا يتوقف وجوده على وجود الواقف ولا ينتهي بموته ، بل يوجد مع وجوده ويبقى بعد موته . فلو كان قيامه بقيام الرابطة كما في الحق الشخصي لانتهى بموت معطيه .

أما حق المستأجر فهو حق يقوم بقيام الرابطة بين المؤجر والمستأجر ، فاذا ما انتهت انتهى هو أيضاً ، وهو لاينصب مباشرة على العين المستأجرة ، بل يتجه الى الزام المؤجر بأن يستمر تركه العين في يد المستأجر المدة المتفق عليها حتى يتمكن المستأجر من الانتفاع بها . ذلك هو تعليلهم

لكنهم أغفلوا وجه الشبه بين صور هذا الحق في الحالين · فهما متشابهان من حيث أن المنتفع في الحالين مالك للمنفعة ، وان هذه الملكية موقتة فيهما، وان المنفعة فيهما واحدة لاتتغير وان كلتا الحالين لاتعرى عن وجود التزام فيهما : فاذا كان في احداهما التزام المؤجر ففي الاخرى التزام الورثة أو ناظر الوقف بترك العين في يد المنتفع حتى ينتهي انتفاعه .

فطبيعة الملك في الحالين ـ حال الاجارة وحال الوصية ـ واحدة ، وذلك يستلزم الحكم عليها بحكم واحد لا أن يعتبر ملك المنفعة في احداهما حقاً عينياً وفي الاخرى حقاً شخصياً (كتاب الحق والذمة للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص/٥٥-٥٦/باختصار) .

هذا ، وان القانون المدني الجديد ، وقبله قانون الملكية العقارية السابق لدينا (المادة /٣٢ منه) ينصان على أن : « حق الانتفاع بالمعنى العقاري هو حق عيني يتعلق باستعمال شيء يخص الغير والتمتع به ، ويسقط هذا الحق حتماً بموت المنتفع ، ولا يجوز انشاؤه لمصلحة أشخاص معنويه » فهو حق موقت .

من المنافع ، بل تبقى مابقي العقار الى أن يتنازل عنها المالك بطريق مشروع.

والارتفاق يورث باتفاق المذاهب[1] .

٢٠ حق الارتهان[2]

(١) - مما ينبغي التنبيه اليه ان حقوق الارتفاق محصورة عند كثير من العلماء - ومنهم الحنفية - في حقـــوق ستة : الشرب ، والطريق ، والمجرى ، والمسيل ، والتعلي ، والجوار .

ولا يجوز لمالك عقار ان ينشىء على عقاره حقوق ارتفاق أخرى ، لأن في انشائها تقييداً للملكية التامة ، والأصل فيها ان لاتقبل تقييداً ، ومـا قيدت بتلك الحقوق الا استثناء ، ولا يتوسع في الاستثناء .

ويرى آخرون - ومنهم المالكية - انهـا غير محصورة فيما ذكر ، فيجوز انشاء حقوق ارتفاق أخرى بالارادة والالتزام كأن يقرر شخص على أرض علكها ألا يقيم على ناحية منها ملاصقة لأرض أخرى بناء ، وان لايرتفع ببنـائه الا الى ارتفاع معين ، ممـا هو معروف الآن في القوانين » (ر : كتاب الحق والذمة للاستاذ الشيخ علي الخفيف ، ص / ٦٤) .

هذا وينبغي أن يلحظ بالنسبة الى الواقع في بلادنا السورية ان قانون الملكية العقارية السابق ذا الرقم / ٣٣٣٩ / لدينا قد اطلق حقوق الارتفاق عن الحصر ، فسوغت المادة / ٨٤ / منه لمالكي العقارات انشاء مايشاؤون من حقوق الارتفاق لها أو عليها، بشرط أن تكون للعقار أو عليه لا للشخص أو عليه، وأن لا تكون مخالفة للنظام العام ، كما انه قسم حقوق الارتفاق الى ثلاثة اقسام : طبيعية ، وقانونية ، ومنشأة من قبل الانسان . وهذه الاخيرة هي المقصودة ببحثنا هذا

ثم جاء القانون المدني السوري فأقر هذا التفصيل في المواد /٩٦٠ - ٩٨٧/منه .

(٢) - آثرنا التعبير بلفظ « الارتهان » دون « الرهن » . لأن هذا الحق في الرهن انما هو للدائن المسمى بالمرتهن وهو اسم فاعل من « الارتهان » ، ولأن لفظ « الرهن » قد يطلق على العين المرهونة .

هو حق للدائن في احتباس مال معين للمدين ينشأ عن عقد خاص بينهما يسمى **الرهن** .

فالرهن أيضاً ينشىء حقاً عينياً للمرتهن متعلقاً بمالية العين المرهونة لا بذاتها، كما تقدم في مناسباته (ر . ف / ٦ ح) ، لأنه يرتكز مباشرة على الاستيثاق بهذه المالية لأجل وفاء الدين .

وهو أيضاً يمنع التنفيذ الفوري لتصرف المالك أو الراهن ، فلو باع الراهن المرهون أو آجره ليس للمشتري أو المستأجر أن يتسلم ؛ بل ينتظر فكاك الرهن أو يفسخ الشراء (م /٧٤٧) .

واذا أجاز الدائن المرتهن بيع المالك اصبح الثمن هو المرهون ، واذا أجاز ايجاره سقط حق الارتهان[1] .

والمرتهن كما تقدم امتياز في استيفاء دينه من المرهون (م / ٧٢٩) .

٢١ - حق الاحتباس[2]

الفرق بين حق الارتهان وحق الاحتباس هو أن الارتهان يكون بعقد خاص يرد عليه مباشرة وقصدا . أما فهو أعم لأنه يكون في حالات عديدة يقر بها الشرع احتباس المال لاستيفاء حق مالي منه .

---

(١) - علة هذا الفرق بين حكم اجازة البيع واجازة الايجار فيما يظهر هي ان الثمن يخلف المبيع في توثيق حق المرتهن . فاجازته لبيع المرهون لادلالة فيها على انه قد تخلى عن الرهن ، بل على انه قد رضي بتحويل الرهن الى الثمن. بخلاف الايجار فان الاجرة فيه قد لاتخلف المأجور في المالية ، فاجازته لايجار المرهون هي رضى بخروجه من يده الى خلف ، أي بسقوط الرهينة .

(٢) - آثرنا لفظ « **الاحتباس** » دون لفظ « **الحبس** » المألوف لأن الحبس يكثر استعماله في حبس الاشخاص ، فاصطلحنا على تخصيص «الاحتباس»

وهذا الاحتباس حـــق عيني يستطيع صاحبه أن يحتج به تجاه الدائنين كافة ، ويمتاز عنهم في استيفاء حقه من ثمن المال المحتبس مقدماً عليهم .

فمن ذلك حق الملتقط في احتباس اللقطة عن مالكها ، اذا ظهر ، حتى يستوفي الملتقط ماأذنه القاضي أن ينفقه عليها ليرجع به .

وكذا حـق الوكيل بالشراء ان يحتبس المال المشترى عن الموكل حتى يدفع اليه الثمن ، ولو لم يكن الوكيل قد دفعه من ماله الى البائع لأنه عرضة لأن يطالبه به البائع (المجلة / ١٤٩١) .

وكذا للبائع احتباس المبيع عن المشتري الى أن يؤدي اليه الثمن اذا لم يكن مؤجلاً ، وان كان المبيع قد انتقلت ملكيته الى المشتري بمجرد العقد .

وكذا للأجير المشترك الذي لعمله أثر في العين كالصباغ والخياط ،أن يحتبس العين عن المستأجر المالك حتى يؤدي اليـه الاجرة ، الى غير ذلك من الفصول الكثيرة [1] .

ففي جميع هذه المسائل وامثالها قد اقر الفقهاء حق الاحتباس ، واعتبروه متعلقاً بمالية العين ، وجعلوا لصاحبه امتيازاً على سواه كما في الرهن .

٢٢ – حق الوقفية :

الوقف هو حبس المال عن التملك لتصرف منافعه الى جهة بر .

---

(١) – كحق المستأجر في احتباس المأجور اذا انفسخت الاجارة حتى يسترد ماأسلفه من الاجرة (د : ف ١٨) ، وحق الوديع في احتباس الوديعة عن المودع حتى يستوفي ماأنفقه عليها باذن القاضي ، وحق الغاصب في احتباس المغصوب الذي زاد زيادة متصلة من ماله كالصبغ مثلاً ، الى أن يدفع له المالك قيمة الزيادة اذا اختار المالك استرداد المغصوب مع زيادته المحدثة .

فعقد الوقف كما ترى ينشىء في المال الموقوف حقاً عينياً في احتباسه لمصلحة الجهة الموقوف عليها .

وقد عدته المادة /١٠/ من قانون الملكية العقارية السابق لدينا من جملة الحقوق العينية التي عددتها ، كما نصت المادة /١٧٦/ منه على انه لاتعتبر وقفية العقار الا من تاريخ تسجيل الوقف في السجل العقاري كسائر الحقوق العينية العقارية. ثم جاء القانون المدني فأقر ذلك ايضاً في المادتين /٨٥ و ١٠٠٠ /منه. ويثبت فيه حق التتبع يمارسه متولي الوقف باسم الجهة الموقوف عليها . فللمتولي حق الدعوى شرعاً لاسترداد المال الموقوف من كل يد غاصبة تستولي عليه بلا حق ، حتى انه ليستحق العزل بحكم الخيانة اذا قصر في ملاحقة غاصبه أو شاغله بلا حق امام القضاء .

على أن العقار الموقوف يمكن بيعه استبدالاً باذن القاضي الشرعي اذا قلّت فائدته ، وعندئذ تزول وقفية العقار المستبدل به ويحل محله العقار المستبدل.

ـ حقوق القرار على الأوقاف :

يشمل هذا النوع طائفة من الحقوق تعورف انشاؤها على عقارات الاوقاف بطرق معينة في حالات مخصوصة : تارة لحاجة الوقف إليها وتارة لدفع الضرر عن بعض مستأجري عقارات الوقف لو لم يمنحوا حق القرار فيها . وقد تكلم متأخروا الفقهاء في كتبهم وفتاويهم عنها .

ويدخل في هذا النوع الحقوق التالية :

١) ـ حق الحكر :

وهو حق قرار مرتب على الارض الموقوفة باجارة مديدة تعقد باذن القاضي يدفع فيها المستحكر لجانب الوقف مبلغاً معجلاً يقارب قيمة الارض

ويرتب مبلغ آخر ضئيل يستوفى سنوياً لجهة الوقف من المستحكر او بمن ينتقل اليه هذا الحق،على ان يكون للمستحكر حق الغرس والبناء وسائر وجوه الانتفاع .

وحقه هذا قابل للبيع والشراء وينتقل إلى ورثته بالموت الخ . . .

والغرض من هذا العقد أن يستفاد من الاراضي الموقوفة المعطلة عندما لايكون الوقف متمكناً من استثمارها .

ولعل الحكر أقدم مانعرف من الحقوق العينية المنشأة على الاوقاف . فقد حدثت طريقته في عهد متقدمي الفقهاء وأقروها [1] . وقد سمي بعد في القوانين العثمانية باسم « المقاطعة » وكذا في قانون الملكية العقارية السابق لدينا ذي الرقم / ٣٣٣٩ / . وقد حدد في المادة / ١٩٥ / منه مبلغ الاجرة السنوية بمقدار نسبي ثابت قدره اثنان ونصف في الالف من قيمة الارض المقدرة رسمياً لجباية الضرائب العقارية . ثم جاء القانون المدني السوري فاقر هـــذه النسبة في المادة / ١٠١٩ / منه .

---

(١) ـ نقل في البحر وفي رد المختار عن الامام الخصاف جواز وقف البناء وحده اذا كان قائماً على أرض محتكرة . ونقل في رد المختار مثل ذلك عن فتاوى قارىء الهداية ، كما نقل أيضاً تعريف عقد الاستحكار عن فتاوى العلامـــة خير الدين الرملي بأنه: «عقد اجارة لاستبقاء الارض مقرورة للبناء والغرس» (ر : رد المحتار ٣ / ٣٩٠ ـ ٣٩١) .

وهذا يدل على ان الحكر كان معروفاً ومستمراً منذ عصر الخصاف . والخصاف من علماء الطبقة الثالثة المجتهدة في المذهب الحنفي وهو أحمـد بن عمر المتوفى سنة /٢٦١/ هـ . وقارىء الهداية هو سراج الدين عمر بن اسحق الغزنوي المتوفى سنة /٧٧٣/ هـ والخير الرمـــلي متوفى سنة / ١٠٨١ / هـ (ر : كشف الظنون ، والفوائد البهية) .

٢) ـ حق الاجارتين :

وهو ينشأ بطريقة أحدثتها القوانين العثمانية بعد سنة / ١٠٢٠ / هـ على أثر الحرائق التي شملت أكثر عقارات الاوقاف في القسطنطينية ، فعجزت غلاتها عن تجديدها ، وتشوه منظر البلدة ، فابتكروا طريقة الاجارتين تشجيعاً على استئجار هذه العقارات لتعميرها اقتباساً من طريقة التحكير في الاراضي .

وهي عقد اجارة مديدة باذن القاضي الشرعي على عقار الوقف المتوهن الذي يعجز الوقف عن اعادته الى حالته من العمران السابق ، باجرة معجلة تقارب قيمته تؤخذ لتعميره ، واجرة مؤجلة ضئيلة سنوية يتجدد العقد عليها ودفعها كل سنة . وذلك كمخرج من عدم جواز بيع الوقف ولا اجارته مدة طويلة . ومن هنا سميت بالاجارتين .

والفرق بينها وبين الحكر ان البناء والشجر في الحكر ملك للمستحكر لانها انشئا بماله الخاص بعد أن دفع الى جانب الوقف مايقارب قيمة الارض المحكرة باسم اجرة معجلة .

أما في عقد الاجارتين فان البناء والأرض ملك للوقف ، لان عقدها انما يرد على عقار مبني متوهن يجدد تعميره بالاجرة المعجلة نفسها التي استحقها الوقف .

وقد حددت المادة / ١٨٠ / من قانون الملكية العقارية السابق لدينا الاجرة المؤجلة في الاجارتين بمبلغ ثلاثة في الالف من قيمة العقار المقدرة رسمياً لجباية الضرائب العقارية . ثم جاء القانون المدني السوري فأقر هذه النسبة في المادة / ١٠٠٤ / منه .

٣ ـ المرصد :

وهو في الأصل دين يثبت على الوقف لمستأجر عقار مقابل ماينفقه باذن

المتولي على تعميره عند عدم وجود غلة في الوقف ، ثم يؤجر منه باجرة مخفضة لما له من دين على الوقف .

وقد اعتبر بعد ذلك لصاحبه حق قرار في عقار الوقف يورث ويتنازل عنه بالفراغ ، بان يأخذ صاحبه دينه من آخر يحل محله في العقار باذن المتولي .

٤) - حق الكدك :

الكَدِكُ (بفتح فكسر) لفظ تركي الأصل [1] يطلق على مـاهو ثابت في الحوانيت الموقوفة ومتصل بها اتصال قرار ودوام لعـلاقته الثابتة بالعمل الذي يمارس في هذا العقار .

وقد جرت العادة أن ينشىء مستأجر عقار الوقف هـذا الكدك فيه من ماله لنفسه على حسب حاجته باذن متولي الوقف .

---

(١) ـ أصل منشأ الكدك أن من يستأجر حانوت الوقف لأجل التجارة أو الصناعة قد يحتاج الى بعض تأسيسات تتعلق بصناعته أو تجـارته كالرفوف والمصاطب والمواقد ، (وهذه تسمى كدكا) فـلا يبنيها له متولي الوقف لأن المستأجر قد يترك العقار في آخر السنة ويأتي غيره من المستأجرين فلا توافقه . لذلك يأذن المتولي للمستأجر أن يؤسسها من ماله . فاذا انقضت مدة الايجار ، وأراد متولي الوقف اخراجه يتضرر المستأجر بمـا صرف عليها . وبما أن عقـار الوقف معد للايجار بصورة دائمة (بخلاف عقار الملك فان مالكه قـد يحتاج الى سكناه بنفسه) لذلك أفتى الفقهاء بعدم جواز اخراج المستأجر صاحب الكدك مادام يدفع للوقف أجر المثل . وفي أصل هذا التدبير نظرة انصاف واقعية .

ثم آل الأمر مع الزمن الى أن اصبح أصحاب الكدكات كغاصبين لتلك الاوقاف كلها بسبب حق القرار المرتب لهم ، فيتصرفون في العقار كالمالكين ، وللوقف أجر سنوي ضئيل رمزي بنسبة اثنين أو ثلاثـة في الالف من القيمة لا يستطيع تحصيله !!

وقد يسمى الكدك : « سكنى » في الحوانيت الصناعية أو التجارية ، كما يسمي : « كرداراً » في الأرض الزراعية .

وقد أقروا ملكية كل من الكدك والكردار للمستأجرين ، فيوهب ويورث ويباع ، ولكن لاشفعة فيه . وأقروا لهم فيه حق القرار فيحق لمالكه استبقاؤه بأجر المثل عن عقار الوقف خالياً عنه وإن أبى المتولي ، إذ لا ضرر على الوقف مادام المستأجر يدفع للوقف أجر المثل، وذلك كي لا يتضرر صاحب الكدك بقلعه (قانون العدل والانصاف لقدري باشا ، م / ٣٤٧ و ٣٤٨) .

ويبقى هـــذا الحق لأصحاب الكدكات ولو خرجوا من عقار الوقف وأوجر لغيرهم ، فتوزع الاجرة بينهم وبين الوقف بنسبة أجر المثل عن كل من الكدك وأصل العقار . ثم لما كثرت المشكلات في ذلك حددت القوانين نسبة مايعود من الاجرة السنوية لكل من الجانبين .

ه) حقوق أخرى عرفت باسم « **القميص** » و**مشد المسكة** » [١] ، و « **القيمة** » .

وقد أقروا أيضاً لأصحابها حق قرار على عقار الوقف باجر المثل ترجيحاً على سواهم من المستأجرين .

– **فالقميص** : حق لمستأجر دار الرحى الموقوفة يخوله البقاء فيها لما له فيها من أدوات الطحن وآلاته ولوازمه .

– **ومشد المسكة** : حق لمستأجر الأرض الموقوفة في البقاء بسبب ما له

---

(١) ـ « المَشَدّ » بفتحتين مع تشديد الدال . و « المَسَكَة » بفتحات ، وزان « سمكة » ، وهو لفظ مشتق من « الشد والتمسك » ، ويتجلى فيه ركاكة التعبير الموروثة من العهد التركي .

فيها من حر ثة وسماد ، إذ يتضرر لو أخرج منها .

ـ والقيمة : حق مستأجر البساتين الموقوفة في البقاء فيهـا كذلك لما له من اصول المزروعات التي تدوم كالفصفصة ، أو من عمارة الجـدر المحيطة التي أنشأها هو .

ومثلهـا مايكون لمستأجر الحمامات الموقوفة من أدوات ولوازم ثابتة ، وهي نظير الكدك

هذه هي زمرة حقوق القرار العينية المنشأة على الاوقاف [1] .

وقد كانت هذه الحقوق أغلالاً في أعناق الاوقاف سلبت معظم منافعها باجور زهيدة ، في عهود اختل فيها ميزان الحكم وسلطان القضاء .

وقد منع القانون المدني ، وقبله قانون الملكية العقارية لدينا ذو الرقم / ٣٣٣٩ / ، انشاء شيء من هذه الحقوق العينية منجديد على عقارات الاوقاف المقاطعة ، (وهي الحكر) ، في الاراضي الموقوفة (رقم /١٠١٨و ١٠١٩) .

وإنما سمينا جملة هذه الحقوق باسم مستقل هو : **حقوق القرار** ، لما يصرح به الفقهاء في كثير منها ، كالحكر والكدك ومشد المسكة ، بأن لصاحبها حق

---

(١) ـ ان لهذه الحقوق أحكاماً مفصلة ترى منثورة متفرقة في كتـاب الوقف وأوائل البيوع من رد المحتار ، وفي كتاب الوقف وباب مشد المسكة من تنقيح الفتاوى الحامدية ، وفي كتاب «الوقف» للشيخ عبد الجليل عشوب ص/٢٢٩ ـ ٢٤٩/ وكتاب «الأوقاف» للاستاذ شاكر الحنبلي ص/١٢٠-١٣٥/، وكتاب « إتحاف الاخلاص » للعلامة عمر حلمي رئيس محكمة التمييز العثمانية في مقدمته والباب السادس منه ، وقانون العدل والانصاف لقدري باشا م /٢٢٥-٣٦١و ٤٦١ ٤٧٣ \ ، وفي المواد /١٠٠٤ ـ ١٠٢٧ / من القانون المدني السوري الجديـد .

قرار (ر : تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/١٩١ ، ورد المحتار ٣\ ٤٢٨) ، ولأنها لاتدخل في حق الانتفاع لكون هذا الحق موقتاً بحياة المنتفع بحق القانون كما تقدم ، ولا في حق الارتفاق لأن من شرطه أن يكون لعقار على عقار آخر كما سلف بيانه ، وهنا في هذه الحقوق لايوجد عقاران بصفة (خادم ومخدوم) بل عقار واحد موقوف من جانب ، وحق قرار لشخص من جانب آخر .

٢٣ / ٢ - وفي سنة / ١٩٥٢ / ميلادية صدر في سوريه المرسوم التشريعي ذو الرقم / ١١٦ / فحدد الاجور السنوية المؤجلة التي يستحقها جانب الوقف عن عقاره المثقل بأحد حقوق القرار العينية هذه بما لايختلف كثيراً عن المقادير المقررة بالقوانين السابقة التي بيناها ، ولكنه جعل هذه المقادير حداً أدنى لايجوز النزول عنه ويمكن زيادته .

هذا، وأخيراً بعد قيام الوحدة بين سورية ومصر صدر القانون ذو الرقم / ١٦٣ / المؤرخ في ١٣ ربيع الاول / ١٣٧٨ هـ = ٢٧ من ايلول / ١٩٥٨ م والمعدل بالقانون ذي الرقم / ١٨٩ لسنة ١٩٦٠ م فأوجب تصفية هذه الحقوق العينية جميعها نهائياً بين جانب الوقف وصاحب حق القرار (أو حق التصرف) من أي نوع كان بصورة إلزامية على أساس الاستبدال بملكية الوقف مقداراً محدداً بنسبة مئوية من قيمة كامل العقار الوقفي المثقل بأحد هذه الحقوق بما فيه من بناء أو شجر . فيأخذ الوقف هذا المقدار المحدد من قيمة العقار التي تقدر بمعرفة خبراء رسم القانون طريقة اختيارهم، ويصبح العقار ملكاً حراً لصاحب حق القرار تنقطع منه كل علاقة للوقف فاذا لم يتقدم صاحب حق القرار بطلب هذا الاستبدال خلال عشرة أيام من تبليغه قامت دائرة الاوقاف التابع لها العقار باجراء معاملة الاستبدال المذكور .

وقد حدد هذا القانون لجانب الوقف في كل نوع من هذه الحقوق نسبة

من قيمة العقار تختلف عنها في النوع الآخر بحسب قوة كل من حــق الوقف وحق القرار .

وقد نص القانون المذكور في المادة / ٢١ / منه على منع إنشاء أي حـق عيني على عقار موقوف بعد هذا القانون وذلك تحت طائلة البطلان .

وبـذلك أنهيت أعظم مشكلة كانت مستعصية بين هذه العقارات الوقفية وبين أصحاب هذه الحقوق التي ابتلعت الاوقاف وطغت عليها (١) .

وفي هذا التخالص مصلحة للاوقاف وان كانت لم تأخذ فيه إلا جزءاً ضئيلاً من أصل حقها .

٢٤ – الحقوق شبه العينية

ويصادفنا في الفقه الاسلامي نوع آخر من الحقوق فيـه شيء من العينية وان لم يكن فيه معناها كملا ، وقـــد سماها الدكتور شفيق شحاتة في رسالته

---

(١) حـدد القانون المذكور حق الوقف من قيمة كامل العقار بالمقادير التالية ، بحسب نوع حق القرار المربوط به :

١٣,٥ في المائة من قيمة العقار المربوط بالمرصد

١٢,٥	»	»	»	»	»	»	بالاجارتين
١٥	»	»	»	»	»	»	بالقيمة
٨	»	»	»	»	»	»	بالحكر او المقاطعة
١٢	»	»	»	»	»	»	بالكدك
١٢,٥	»	»	»	»	»	»	بالكدك والمرصد معاً ، او بالمرصد والقميص معاً .
١٤	»	»	»	»	»	»	بالكردار
٣٠	»	»	»	»	»	»	بشد المسكة في الاراضى السليخ
٥٥	»	»	»	»	»	»	بشد المسكة في الاراضي المشجرة

باسم «الحق شبه العيني» . وهو كما يعبر الفقهاء: حق الشخص في « أن يتملك »[1] كحق الشفعة ، وحق المجاهدين في الغنيمة بعد إحرازها ؛ وحق المجني عليه في العبد الجاني .

ففي هذه الاحوال أقر الفقهاء لصاحب الحق أن يطالب بالشيء عيناً ولو لم يعتبر ملكاً له بعد ، وله ايضاً أن يتبعه في الايدي التي ينتقل اليها .

والاظهر أن يعتبر أيضاً حق الدائنين في تركة المتوفى المستغرقة بالدين حقاً شبه عيني يسوغهم حق تتبع مال المدين المتوفى واستخلاصه قضاء من الايدي التي هو فيها وليس حقهم هذا عينياً محضاً ، لأنه في الاصل حق شخصي متعلق بذمة المدين أثناء حياته ، ثم انتقل منذ مرض الموت الى التعلق بمالية تركته لا بعينها ، فللدائنين أن يتملكوا التركة عند عدم ايفاء الدين .

والذي يرجح اعتباره شبه عيني لا عينياً هو أن للورثة أن يفتدوا التركة من الغرماء بدفع جميع الدين ، فلا يكون عندئذ للغرماء أن يمتنعوا عن الأخذ ويحتفظوا بالتركة ، لأن أصل حقهم انما هو في ماليتها لا في عينها كما أشرنا اليه .

(ر : الدر المختار ورد المحتار في كتاب القضاء ٤ / ٣٤٠) .

(١) ـ جاء في الدرر أوائل كتاب البيوع (٢ / ١٤٤) مانصه :
« الحق غير منحصر في الملك ، بل حق التملك أيضاً حق » .

الفصل الثاني

الالتزام

الفرع الأول

في قوام[1] الالتزام وحقيقته

النسبة بين الحق الشخصي والالتزام عناصر الالتزام – سببه – طبيعته وحقيقته .

٢٥ – النسبة بين الحق الشخصي والالتزام :

فهم مما تقدم بيانه عن الحق الشخصي في بحث تقسيم الحق المالي أن الحق

(١) – قوام الشيء (بفتح القاف وكسرها) عماده الذي يقوم به وينتظم (المصباح المنير) .

الشخصي لانسان هو تكليف وعهدة على سواه .

وهذا التكليف قد اصطلح علماء الحقوق على تسميته : **التزاما** .

والحق الشخصي والالتزام في نظرهم شيء واحد لأنهما طرفا رابطة واحدة.

– فهو « حق » اذا نظر اليه من ناحية الطالب ،

– وهو « **التزام** » اذا نظر اليه من ناحية المكلف به [1] .

وقد غلبت كلمة «**الالتزام**» على كلمة « **الحق الشخصي** » في اسم النظرية إذ سميت « نظرية **الالتزام** العامة » لا « نظرية الحق الشخصي » .

وسنرى في الفرع السابع الاخير من هذا الفصل تعليل هـــذا التغليب في التسمية

لكن هذا النظر في ترادف الحق الشخصي والالتزام غير سديد ، فالواقع ان الالتزام لا يصح ان يجعل مرادفاً للحق الشخصي ، وانما هو مقابله الذي يجمعه وإياه التناظر والتلازم .

فكما يقال : ان كل حق يقابله واجب ، ولا يكون هذا التقابل والتلازم سوغاً لأن نجعل مفهوم الحق والواجب واحداً ، كذلك لا يصح أن نجعل مفهوم الحق الشخصي والالتزام واحـــداً ، وان كان المحل الذي ينصب عليه كلاهما متحداً . ويكتفى أن تختلف جهة الاعتبار ليتحقق اختلاف المفهوم والمعنى ،

---

(١) – كذا في « نظرية الالتزام في القانون المصري القديم (ف / ١٦) والجديد (ف / ١٧) » للاستاذ الدكتور احمد حشمة أبي ستيت .

وفي الوسيط للاستاذ عبد الرزاق السنهوري (ف / ١) .

وجاء في الفقرة الثالثة من المادة / ٧٩ / من القانون المدني العراقي مانصه :

« **ويؤدي التعبير بلفظ « الالتزام » وبلفظ « الدين »**
نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ « الحق الشخصي» اهـ .

فان التلازم بين الأمرين شيء ، واتحاد مفهوميهما شيء آخر .

اضف الى ذلك ان طبيعة الحق الشخصي والالتزام مختلفة في السلبية والايجابية .

فطبيعة الحق الشخصي ايجابية تقوم على غرض الاستيفاء والاستغناء في أحد الجانبين .

وطبيعة الالتزام سلبية تقوم على فكرة الايفاء أو الافتقار بتفريغ العهدة والذمة من الجانب الآخر .

فلك ان تقول : ان الحق الشخصي والالتزام بينهما تقابل وتلازم أبداً ، كما بين الاعطاء والأخذ .

٣٦ ـ عناصر الالتزام :

ان الحق الشخصي والالتزام ــ وان كان الصحيح انهما مفهومان مختلفان اعتباراً كما رأينا آنفاً ـ عناصرهما واحدة .

وقد رأينا في بحث الحق ان الحق الشخصي ينطوي على ثلاثة عناصر مادية هي :

ـ صاحب الحق

ـ والشخص المكلف

ـ والمحل الذي يتعلق به

والى جانب ذلك يلحظ الموضوع المكلف به والذي يتميز به حق عن حق.

وعليه تكون تلك العناصر هي بذاتها عناصر الالتزام ، غير انها تحمل هنا اسماء أخرى :

ـ فيسمى صاحب الحق : **ملتزماً له** (بصيغة المفعول) .

ـ ويسمي الشخص المكلف : **ملتزما** ؛ (بصيغة الفاعل) .

ـ ويسمي الشيء الذي يتعلق به الفعل : **محل الالتزام** .

– ويسمى الفعل المكلف به : **موضوع الالتزام** .
– ويسمي التكليف نفسه ، أو العهدة : **التزاما** .

ففى الالتزام الناشىء عن القرض مثلًا يعتبر المقترض ملتزماً ، والمقرض ملتزماً له ، ووفاء القرض هو موضوع الالتزام ، والعهدة التي على المقترض ، أي وجوب الوفاء ، هو الالتزام ، والمال الواجب اداؤه هو محل الالتزام .

وكذلك الاعتبار في التزام نفقـة الاقارب الناشئة عن الزام الشرع : فيعتبر المكلف بالنفقة ملتزماً ، والمستحق لها ملتزماً له ، وموضوع الالتزام هو أداء النفقة ، والالتزام هو وجوب ذلك الاداء ، ومال النفقة هو محل الالتزام.

وهكذا تفصل العناصر ويميز بعضها عن بعض في كل التزام . وهو تمييز ضروري مهم ، فكثيرون الذين لايجيدون التمييز بين الالتزام وموضوعه ومحله ، لأنه يقوم على اعتبارات دقيقة الملحظ .

وقد يكون الالتزام مزدوجاً متبادلاً ، كما في الالتزام الناشيء عن عقد معـاوضة .

ففي البيـع مثلًا يعتبر كل من البائع والمشتري ملتزماً وملتزماً له :ومحل الالتزام بالنسبة الى البائع هو المبيـع الذي انتقلت ملكيته ، وبالنسبـــة الى المشتري هو الثمن . أما الموضوع فهو التسليم في كل منهما .

هذه العناصر (الملتزم ، والملتزم له ، والمحل ، والموضوع) في كل التزام هي قوامه ، ولا يمكن تصوره وتحققه دون وجودها .

٢٧ - سبب الالتزام

غير أن هذه العناصر انما هي عناصر مادية ، ولا يكفي وجودها لوجود الالتزام الذي يربط بين الطرفين بالرابطة الالتزامية ، بل لابد لذلك من سبب يربط طرفي الالتزام (الشخصين) بموضوعه ، أي ينشيء الالتزام بين الطرفين.

هذا السبب هو الحادثة المولدة للالتزام ، وهي تشمل جميع التصرفات القولية والفعلية ، وكل ماينشأ عنه حق في نظر الشرع .

وعلماء القانون يسمون هذا السبب : **مصدر الالتزام**

– فعقد البيع حادثة تصرف قولي ربطت الطرفين بموضوع العقد .

– واتلاف مال الغير حادثة تصرف فعلي ربطت المتلف وصاحب المال بموضوع الالتزام ، وهو التعويض .

– وفقر القريب المحرم[1] مع عجزه سبب يوجب به الشرع ارتباطاً بينه وبين قريبه الغني برابطة التزام النفقة . وهكذا ...[2]

---

(١) – **المحرم** (بفتح الميم والراء) هو أحد القريبين اللذين اذا كان أحدهما رجلا والاخر امرأة كان زواجها ممنوعاً للتحريم الشرعي ، (والجمع : محارم).

(٢) – ان علماء القانون الاجنبي في نظرية الالتزامات يعتبرون السبب ركناً في **الالتزامات العقدية** خاصة ، لكنهم يريدون بالسبب في اصطلاحهم معنى آخر ، لامعنى المصدر المولد للالتزام :

فالسبب عندهم هو : **« المقصد المباشر لالتزام العاقد »** .

وهذا المقصد المباشر عندهم هو مايقع جوابا لقولنا : **لماذا التزم فلان بكذا ؟**

ففي العقود الملزمة لجانبين ، كالبيع مثلا ، يعتبر سبب كل التزام ناشىء بالعقد هو الالتزام المقابل ، لان البائع انما يلتزم بنقل ملكية المبيع بقصد الحصول على الثمن كما أن المشتري انما يلتزم بدفع الثمن بقصد امتلاك المبيع .

ويفرقون بين السبب والباعث بأن الباعث هو الغرض الشخصي الذي يجول في نفس العاقد كمن يشتري أو يستأجر الدار ليتخذها مسكناً أو مدرسة أو ملهى الخ .. سواء أكان غرضه مشروعاً أو ممنوعاً .

فالباعث يختلف باختلاف أشخاص العاقدين وأغراضهم : فشخص يقترض=

ان هذا السبب أو المصدر المولد للالتزام يتنوع بحسب الحوادث والتصرفات وسنرى أنه ينحصر في أنواع كلية معدودة ترجع بالاحصاء والاستقرار الى خمسة مصـــادر .

٢٨ - طبيعة الالتزام وحقيقته :

اتضح من معرفة عناصر الالتزام أن كل التزام لابد فيه من طرفـــين تربطهما بموضوعه رابطة السبب . فهل الالتزام في الفقه الاسلامي **سلطة شخصية** لاحد الطرفين على الآخر ، أو هو **علاقة مادية**؟

والفرق بين الاعتبارين أنه اذا اعتبر الالتزام سلطة شخصية يحق للطالب اجبار المكلف على تفريغ ذمته بالاكراه البدني كالحبس والتضييق . وان اعتبر علاقة مادية بحتة لم يقتض اجباراً ، بل يفتش الطالب عن مـال المكلف ، فاذا نالته يد القضاء أمكن منه الاستيفاء .

مالاً ليتاجر ، وآخر يقترض ليقامر مثلا ، وثالث يقترض ليفي دينا ، ورابع ليشتري شيئاً الخ .. أما سبب الالتزام العقدي فثابت في كل نوع من العقود وانما يختلف باختلاف نوع العقد . ففي كل بيع يكون المقصد المباشر للبائع هو الحصول على الثمن في مقابل نقل ملكيته مهما كان باعثه على البيع .

ونظرية السبب هذه في الفقه الاجنبي كثيرة التعقيد ، وهي وهمية فاسدة المباني ، هاجمها المتأخرون من علماء القانون في فرنسا مهاجمة عنيفة كالاستـــاذ (بلانيول) الذي نقدها ونقضها نقضاً .

ونشأت خلفاً عن تلك النظرية التقليدية القديمة ، نظرية جديدة في السبب سميت « **النظرية القضائية** » ، وهي تعتمد السبب بمعنى الباعث على الالتزام ، فتشترط مشروعية هذا الباعث لصحة العقد .

أما في الفقه الاسلامي فليس لسبب الالتزام معنى سوى « المصدر المولد له » ، كما أوضحنا هنا .

والواقع أن الالتزام في نظر الشريعة الاسلامية هو في ذاته علاقة مادية اما بمال المكلف كما في المدين ، واما بعمله كما في الاجير .

ولكن هذا الالتزام ترافقه سلطة شخصية تأييداً لتنفيذه ، اذ لولاها لتعذر التنفيذ بمجرد اخفاء المكلف ماله أو امتناعه عن عمله .

ولذا شرع في الاسلام الحبس والتضييق على المدين ، والاجير ، وكل من هو مكلف بعمل لمصلحة غيره وجوباً حتى يقوم بما عليه .

ولكن هذه السلطة الشخصية لم يمنحها الاسلام الدائن كما كان في التشريع الروماني ، بل منحها الحاكم وجعلها من صلاحيته موقوفة على طلب الدائن .

وقد ورد في الحديث النبوي :

« ليّ الواجد[1] ظلم يُحل عرضه وعقوبته »

وورد أيضاً : « مطل الغني ظلم » .

ومعنى إحلال عرضه : الطعن في أمانته وذمته .

وهذا الاجبار بالحبس والاكراه انما يكون فيمن ظاهر حاله اليسار والقدرة على وفاء التزامه ؛ فأما المعسر العاجز فلا يجوز الضغط عليه ، بل يجب إنظاره الى قدرته ، لقول القرآن العظيم : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى مَيْسَرة » .

وبذلك يظهر أن الشرع الاسلامي قد لطف كثيراً من غلواء السلطة الشخصية التي كانت للدائن على المدين عند الرومانيين الذين كانوا يمنحون الدائن حق استرقاق المدين أو قتله ولو كان عاجزاً . وتلك السلطة في القانون الروماني

---

(١) **الليّ** : بتشديد الياء مصدر لوى يلوي ، بمعنى ماطل .
والواجد : الغني ، أي الذي يجد ما يفي به دينه .

قد انتهى تطورها الى رد فعل معاكس في بعض المذاهب الحقوقيـــة في اوربا كالمذهب المادي الذي نشأ في المانيا ، اذ يرى أصحابه أن الالتزام علاقة مادية بحتة ، وفرقوا بين عنصري المديونية ، والمسؤولية في المحل :

- فالمديونية هي تعلق الالتزام بالذمة وهذا لا يقتضي إجباراً ،
- وأما المسؤولية فتقتضي الاستيفاء الجبري .

وقد وزعوا هـــذين العنصرين على ذات المدين والملتزم ، وعلى ماله : فاعتبروا شخصه مديناً ولكن المسؤول عن التزامه هو ماله لا شخصه ؛ فلا حبس ولا اجبار على ايفاء الدين [1] .

ولا يخفي أن هذا تفريط الى جانب ذلك الافراط الذي كان عنـــد الرومانيين .

٢٩ ـ وقد كان لقيام المذهب المادي حول طبيعة الالتزام في اوربا نتائج حقوقية ذات بال . فمن ذلك :

١) ـ اتجاه التشريع الالماني الآخذ بالنظرية المادية الى تسويغ الحوالة في الحق وفي الدين معاً دون توقف على ارادة صاحب العلاقـــة من دائن أو مدين ، فتتبدل الاشخاص مع بقاء المحل على حاله ، لأن الرابطة عنده مالية بحتة لا شخصية .

وقد كان الامر بعكس ذلـك في التشريع الروماني المبني على نظرية السلطة الشخصية المفرطة ، فلا يجيز حوالةالحق ولا حوالةالدين أصلاً (ر نظرية الالتزام في القانون المصري للاستاذ أحمد حشمة أبي ستيت ، ف / ٢٢) .

---

(١) ـ نظرية العقـــد للاستاذ السنهوري ، /١٥/ وحاشيتها ، ونظرية الالتزام في القانون المصري للاستاذ احمد حشمة أبي ستيت ، ف / ١٧ ـ ١٨ .

٢) ـ استغناء أهل المذهب المادي عن اشتراط وجود الملتزم له (وهو الدائن) عند نشوء الالتزام ، واكتفاؤهم في بعض الحالات بوجوده حين التنفيذ ، إذ في هذا الحين فقط تظهر الحاجة الى وجود دائن يستوفي الالتزام ؛ كما في إعلان جائزة على اختراع مطلوب .

ولم يكن من الممكن تخريج مثل هذا الالتزام على نظرية أهل المذهب الشخصي ؛ لأن الالتزام عندهم رابطة بين شخصين من كل وجه ، فيجب أن يكونا موجودين معينين منذ بدء الالتزام ليمكن اعتبار ارتباطهما .

ان المذهب المادي يتقرب منه التشريع الحديث في اوروبة ، ويرون فيه تفسيراً وتخريجاً لحالات حقوقية قائمة لا يمكن تفسيرها وتبريرها على ضوء المذهب الشخصي ، وذلك كتحرير سند بالدين لحامله دون ذكر اسم الحامل وكالاشتراط لمصلحة الغير .

٣٠ ـ أما موقف التشريع الإسلامي فهو اعتدال بين النظريتين كما رأيت آنفاً : فقد غلبت فيه الصبغة المادية في طبيعة الالتزام ، ولم تهمل فيه الفكرة الشخصية ، لتبقى ضماناً في وجه المبطلين المماطلين .

على أن الشرع الاسلامي قد سبق الماديين بقرون كثيرة في تقرير النتائج المعقولة لمذهبهم الحديث ، واليك البيان :

أ) ـ إن الفقه الاسلامي قد أقر امكان عدم وجود ملتزم له معين منذ نشوء الالتزام في بعض الحالات ، وان كان الاصل لزوم وجوده كما سنرى في بحث شرائط الالتزام (ف /٣٧) .

ب) ـ وكذلك أقر الفقه الإسلامي حوالة الحق بأن يحيل الدائن سواه ، فينتقل الالتزام الى شخص جديد يدخل بصفة دائن أو مدين .

ولكن بالنظر الى ما يمكن من تأثر الحقوق باختلاف الأشخاص وتفاوتهم

شرط في عقد الحوالة رضى الشخص الثالث المحال عليه أيضاً ، وهو المدين الجديد (المجلة / ٦٨١) [١] ، كما أبقى للدائن المحال حق الرجوع على المدين المحيل عند التوى [٢] ، أي عندما يتعذر التحصيل بافلاس المحال عليه أو بجحوده الحوالة ولا بينة للاثبات عليه ، وذلك لبقاء مسؤوليته عن الدين في محلها السابق كما عليه القانون التجاري اليوم في حوالة سند الأمر التجاري (الكمبيالة) ، اذ أقر رجوع الحامل الاخير على المحيل عندما لايدفع الموقع الأول ، أي المدين الاصلي .

فبذلك تتجلى في الفقه الاسلامي الخصائص المعقولة للنظريتين الشخصية والمادية معاً [٣] .

---

(١) — سنرى أن الاجتهاد الشافعي لا يشترط رضى المحال عليه ، وانما يشترط كونه مديناً للمحيل .

(٢) — « التوى » بالتحريك وزان « هوى » ، ومعناه لغة هلاك المال أو الحق . وهو مصدر ، وفعله « توي يتوى » وزان « عمي يعمى » ويريد به الفقهاء ان يفلس المحال عليه أو أن يجحد الحوالة وليس للمحال بينة للاثبات عليه ، فيتعذر تحصيل الدين منه قضاء . ويقول الفقهاء : « لا يرجع الدائن المحال على المدين المحيل الا بالتوى » .

(٣) — يقول الدكتور شفيق شحاتة في الفقرة / ٢٨٥ / من رسالته في معرض بيان الملاحظات على نظرية الالتزامات الإسلامية بازاء النظريات المعروفة للالتزام في القانون المقارن مانصه :

« وأول مايلاحظ ان الفقه الاسلامي يتفق والتشريع الالماني في كثير من الموضوعات ، نذكر منها نظرية عدم النفاذ ، وكذلك هو يتفق والتشريع الانكليزي في أكثر من موضع ، نذكر هنا =

= من ذلك نظرية عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي - وهي التي تقضي بانه عندما يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه أيضاً - والذي جمع بين هذه التشريعات الثلاثة انتصارها جميعاً لمذهب المادية. وتتبع هذه الملاحظة ملاحظة اخرى، وهي أن النظرية الاسلامية بعيدة عن النظرية الرومانية ، لما ان هذه الاخيرة قد سيطرت عليها الفكرة الشخصية . وفي الواقع لانجد أوجه شبه الا في بعض نقط تفصيلية ، كنظرية بطلان عقود المحجور عليهم .

واذا أردنا المقارنة من حيث قيمة النظم القانونية ، وجدنا التشريع الاسلامي قد سبق التشريع الروماني في تقرير بعض المبادىء العظيمة ، منها مبدأ النيابة التعاقدية ونجده مع ذلك قد تأخر عن التشريع الروماني في عدم تقريره مبدأ انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة وفي ضعف القوة الالزامية للارتباط التعاقدي » اهـ .

وان مستند الدكتور شفيق شحاتة في حكمه بضعف القوة الالزامية للعقد (أولاً) - مارآه من كثرة الخيارات العقدية ، وخاصة خيار الشرط ، وهذا ما أفادنيه الاستاذ الكريم المشار اليه مراسلة .

(ثانياً) - ما لاحظه من كثرة العقود غير اللازمة ، كالوكالة والعارية الخ ... وهذا ما ذكره في الفقرة / ١٨٠ / من رسالته .

أقول :

سنرى قريباً في الملاحظة الآتية (ف / ٣١ - ٣٢) نقد القول بان التشريع الاسلامي أو الاجتهاد الحنفي خاصة لم يقبل مبدأ انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة (أي الحق) ، كما علمت أن التشريع الروماني لم يقبل مبدأ انتقال الالتزام

= لامن ناحيته الموجبة ولا من ناحيته السالبة ، أي لانقل الحق ولانقل الدين .
(انظر ماتقدم ف / ٢٩) .

أما القوة الالزامية للارتباط التعاقدي فهي في الفقه الاسلامي على أكمل وجوهها .

غير أن الفقه الاسلامي قد أتانا بانواع عديدة من الخيارات والعقود غير اللازمة ، كما أنه أيضاً يفرض قيوداً على حرية ارادة المتعاقدين في الشروط التي يشرطونها ، وتختلف تلك القيود سعة وضيقاً باختلاف الاجتهادات الاسلامية ، كما سنرى ذلك في موضعه . ولكن كل ذلك لايؤثر في مبدأ قوة العقد الالزاميـة التي هي على أشدها في الفقه الاسلامي :

أ) فاما تلك الخيارات فانها نوعان :

(الاول) ـ مالا يثبت إلا باشتراط العاقدين كخيار الشرط ، والتعيين والنقد .

وهذا النوع انما ينشأ بارادة العاقدين فلا يطعن وجوده في القوة الالزامية العقد ، بل يؤيدها لانه جزء من العقد نفسه .

(الثاني) ـ مايثبت بحكم الشرع دون شرط ، دفعاً لضرر يلحق أحـد العاقدين دون ان يرضى به ، كخيار العيب .

وهذا انما يثبت بوجود بعض عيوب الرضي كالتدليس ، والتغرير ، وفوات الوصف ، وتفرق الصفقة .

قد اقرت امثال هذه الخيارات النظريات الحقوقية الحديثـة في القوانين الوضعية ، لأن التشريـع انما وجد لحماية الحقوق ، ولايعقل الزام أحد بضرر لم يلتزمه ولايستلزمه عقده .

فهذا النوع الثاني ايضاً من الخيارات لايقدح في مبدأ القوة الالزاميـة العقد ، لأنه تفسير لارادة العاقدين الضمنية ، وهو حماية قانونية يقتضيها احترام مبدأ التراضي ، ثم التوازن في حقوق وواجبات المتعاقدين .

على أن الاعتراض ببعض الخيارات قد يتوجه على الاجتهاد الشافعي الذي =

٣١ ـ ملاحظة ومناقشة :

يجب أن يلحظ في نقـل الالتزام فرق بين نقله بطريق الحوالة ونقله

أخذ بنظرية خيار المجلس بعد عقد البيع ، فسوغ لكل من المتبايعين فسخ البيع ماداما في المجلس قبل التفرق بالفعل ، وذلك استناداً الى حديث نبوي قد اوله الحنفية تأويلا آخر .

ب) ـ وأما العقود غير اللازمة فهذا النوع لم يخل منه تشريع حتى القوانين الوضعية ، وان كانت تختلف الشرائع في تعيين تلك العقود غير اللازمة كما تختلف في ذلك الاجتهادات في الشريعة الاسلامية نفسها .

ومرد ذلك لا الى ضعف القوة الالزامية في فكرة العقد بنظر الشريعة ، بل الى كون بعض العقود ذا طبيعة اختيارية في استمراره ، كعقد الشركة لأحد الطرفين ، كالايداع والاعارة والتوكيل ، او الى كونه توثيقاً لحق لاحدهما فقط فقط فله ان يتنازل عن وثيقته كالراهن بالنسبة الى المرتهن .

وكل ذلك لايورث ضعفاً في فكرة القوة الالزامية للارتباط التعاقدي ، ولاسيا في الشريعة الاسلامية التي يقول دستورها :

« يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود »

ج) ـ واما القيود التي فرضت في مذاهب من الفقه الاسلامي على حرية العاقدين في شروطهم فانها انما تتعلق بمبدأ سلطان الارادة ، ولا علاقة لها بالقوة الالزامية للعقد الا من حيث مايقتضيه الحكم الشرعي الجزائي عندما يخالف العاقد النصوص الآمرة بتلك القيود ، فيبطل العقد أصلاً في بعضها ، ويفسد في بعض فيستحق الفسخ .

على أن تلك العقود التعاقدية غير متفق عليها ، وفي الاجتهادات سعة .

فان كان هناك مجال لتصوير ناحية ضعف من نواحي العقد في الفقه الاسلامي فهو في مبدأ سلطان الارادة بالنسبة الى بعض الاجتهادات التي تقيد الشروط العقدية ، وليس في القوة الالزامية للارتباط التعاقدي .

بطريق البيـع .

ففقهاء الحنفية قد جوزوا حوالة كل من الحق أو الدين الى شخص ثالث بالتراضي ، ولكنهم لم يجوزوا بيـع الدائن دينه إلا من المدين نفسه فقط . وقد وضعوا في ذلك القاعدة القائلة : لايجوز تمليك الدين إلا من عليه الدين[1] »

وبذلك حلوا من قابلية نقل الالتزام في ناحيته الموجبـة ، (أي نقل الحق) ، إذ حصروها بطريق الحوالة دون البيـع .

والحوالة عندهم نوعان :

أ)الحوالة المقيدة ، وهي التي قيدت بأن يؤدي المحال عليه المبلغ المطلوب من مال معين عنده مملوك المحيل ، او من دين عليه للمحيل .

ب)ـ وحوالة مطلقة ، وهي التي تخلو من هذا القيد ، فيؤديها المحـال عليه من ماله الخاص سواء أكان هو مديناً المحيل أو غير مدين .

١) ـ من حيث الرضى والقبول :

فان الحوالة تتوقف شرعاً على رضى المحال عليه ، ولا يكفي فيها الاتفاق بين المدين المحيل ، والدائن المحال .

بخلاف البيـع فانه لايتوقف على رضى غير البائع والمشتري فلو صح بيـع الدين من غير من عليه الدين لتم ذلك دون علـم المدين ورضاه . فيصبح ملتزماً رغماً عنه تجاه دائن اجنبي عنه لم يتعاقد معه . وهـذا لم يقبله الاجتهاد الحنفي ، لأن الناس تختلف في المطالبة والملازمة والالحاح .

٢) ـ من حيث الحكم ، أي الاثر المترتب :

فان البيـع ينشأ عنه ملك بات . أما الحوالة فانها لاتنقل ملكية الدين من

---

(١) ستأتي هذه القاعدة في بحث نتائج التمييز بين الدين والعين من الباب التالي الباحث في الاموال .

ذمة إلى ذمة، وانما تنقل التزام آداء الدين - ويتبعه انتقال حق الدائن - نقلاً غير نهائي بل معلقاً على المصير والنتيجة ، حتى قال الفقهاء :

« ان المدين يبرأ بالحوالة براءة موقتة بعدم التوى

(رد المحتار ٢٩١/٤) .

فان تمكن الدائن المحال من استيفاء حقه من المحال عليه تأكد النقل نهائياً ، وملك الدائن المحال ماقبضه وفاء عن دينه . وان وقع التوى ، لافلاس المحال عليه أو لجحوده الحوالة كما تقدم ، رجع المحال على مدينه الاصلي المحيل ، لأن حقه لم ينقطع تعلقه بذمة المحيل ؛ فيستوفي منه ويبطل النقل .

ولذا قالوا في : **الحوالة المقيدة** : ان المدين المحيل إذا مات تبطل الحوالة، ويرجع المحال الى تركته فيستوفي منها دينه أسوة بسائر الغرماء .

وقد عللوا ذلك بان « الحوالة ماشرعت للتمليك بل لنقل المسؤولية . فالمال أو الدين الذي كان للمحيل عند المحال عليه لم يصر مملوكا للدائن المحال بعقد الحوالة » فبموت المحيل في الحوالة المقيدة تصبح سائر أملاكه تركة له - ومن جملتها ماله عند المحال عليه - فتتعلق بتركته جميع الحقوق الشخصية لدائنيه على السواء .

وهذا بعكس الحوالة المطلقة ، فان موت المحيل لايبطلها بل يبقى المحال عليه ملتزماً بالوفاء للمحال ، لأنه إنما التزم الوفاء من ماله لامن مال موجود المحيل عنده (ر : الدر المختار ورد المحتار ٤ / ٢٩٠ و ٢٩٤ ، وتقريرات الرافعي عليه)

فلو كانت الحوالة بالدين بيعاً له لما بطلت الحوالة المقيدة بموت المحيل . وإنما الحوالة عقد خاص له نتائج وخصائص يختلف بها عن البيع اختلافاً بيناً[1].

---

(١) - قال الاستاذ شفيق شحاتة في الفقرة / ١٠٦ / من رسالته : [قرر=

٣٢ - وكأن بعض الاساتذة البحاثين قد نظروا إلى أن فقهاء الحنفية لم يجيزوا بيع الدائن دينه لغير مدينه ، فاستنتجوا من ذلك ان الفقه الاسلامي لايجيز حوالة الحق وإنما يجيز حوالة الدين فقط .

يقول الأستاذ شفيق شحاتة في الفقرة / ١٠٦ / من رسالته النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية :

« سنرى ان للالتزامات في الفقه الاسلامي صبغة مادية . وقد أدت هذه الصبغة الى امكان تصور انتقال الالتزام من ناحيته السالبة - يعني حوالة الدين - بينا هو لايقبل الانتقال من ناحيته الموجبة - يعني حوالة الحق - وهذا الانتقال يتم بواسطه ماسموه الحوالة » اهـ .

ويقرر أيضاً الاستاذ العلامة الشيخ أحمد ابراهيم ابراهيم في مذكراته عن الالتزامات في الشريعة الاسلامية ص /٢١٩/:

« ان حوالة الحق في الاجتهاد الحنفي لاتصح ، وعند الائمة الثلاثة تصح محاجة اليها » اهـ .

غير أنه بالرجوع إلى كتب المـــذهب الحنفي يتضح أن الواقع المقرر في نصوصه جواز حوالة كل من الحـق والدين ، خلافاً لما ذكره الأستاذان المشار اليهما .

= أحد علماء القانون أن الحوالة الاسلامية هي من المرونة بحيث تؤدي وظائف عـدة : فهي تؤدي وظائف الاحالة ، والتنازل عن الحق ، والوكالة بالقبض ، والوكالة بالقضاء ، وفتح الاعتماد (أنظر « هوفلان » في كتابه « Auuales de droit commercial » طبعة سنة ١٩٠١ م، ص / ١ / وما بعدها)] اهـ .
وهذا رأي سديد في فهم الحوالة .

ولبيان ذلك يجب تحديد معنى حوالة الحق وحوالة الدين ، ثم تطبيق ذلك على النصوص :

ـ فحوالة الحق معناها نقل الحق من دائن إلى دائن ، أو بتعبير آخر : حلول دائن محل دائن بالنسبة إلى المدين .

ـ وحوالة الدين هي : تبدل المدين بالنسبة الى الدائن ، كما يصرح به الشيخ أحمد ابراهيم نفسه رحمه الله في مذكرة الالتزامات / ص ٢١٨ / .

ومن السهل تمييز نوع الحوالة اذا نظرنا الى المحيل : فان كان المحيل هو الدائن فهي حوالة حق ، وان كان المحيل هو المدين فهي حوالة دين .

٣٣ ـ اذا علمنا هذا فكل حوالة مطلقة يحيل بها المدين دائنه على آخر هي من قبيل حوالة الدين ، اذ يتبدل فيها المدين ، ويبقى الدائن هو نفسه ، وهذا واضح ظاهر .

وكل حوالة مقيدة يكون فيها الانسان مديناً لشخص ودائناً لآخر ، فيحيل دائنه على مدينه ليقبض ذلك الدائن المحال دين المحيل من مدينه المحال عليه هي حوالة حق وحوالة دين في وقت واحد .

لأن المحيل فيها هو دائن للمحال عليه ، ومدين للمحال . فيتبدل فيها بالنسبة الى المحال عليه ، دائن مكان دائن فتكون بذلك حوالة حق ، كما يتبدل فيها المدين بالنسبة الى المحال ، فتكون بذلك حوالة دين .

وقد أجاز الفقهاء كلا النوعين من الحوالة المطلقة والمقيدة (ر : المجلة / ٦٧٨) ، وصرحوا بانقطاع حق المحيل في هذه الحوالة المقيدة من ان يطالب مدينه المحال عليه بالمال المحال به ، وأوجبوا ضمان المحال عليه إن دفع الدين الى دائنه المحيل ، لأن قبض الدين أصبح من حق الدائن الجديد وهو المحال (ر : المجلة /٦٩٢) .

وعلى ذلك جوز الفقهاء أن يحيل البائع دائنه على المشتري بالثمن ، ويحيل المرتهن على الراهن بالدين ، وتحيل الزوجة على زوجها بالمهر . وكل ذلك من قبيل حوالة الحق يحل فيها دائن جديد – وهو المحال – محل الدائن الاصلي وهو البائع أو المرتهن أو الزوجة . حتى قالوا انه يسقط بها عندئذ حق البائع في احتباس المبيع ، وحق المرتهن في احتباس الرهن ، وحق المرأة في احتباس نفسها عن الزوج ، اذ يعد كل منها كالمستوفي لحقه بهذه الاحالة على مدينه (ر: رد المحتار عن الزيادات للامام محمد ٤ / ٢٩١) .

وصرحوا أيضاً بجواز احالة المستحق في الوقف دائنه على ناظر الوقف في حقه من الغلة بعد حصولها في يد الناظر (رد المحتار أيضاً) وهنا كما ترى قد حول المستحق في الوقف حقه الى دائنه .

فهل بعد هذا من مجال لان يقال ان الفقه الاسلامي ، أو الاجتهاد الحنفي ، يقبل حوالة الدين فقط دون الحق ؟[1] .

---

(١) – لاينبغي أن يتوهم من تصوير حوالة الحق بصورة الحوالة المقيدة دون المطلقة ان مديونية المحيل في هذه الحوالة المقيدة هي العلة الفقهية في جواز نقل حقه بالحوالة ، اذ ليس لمديونيته أو عدمها تأثير فقهي في جواز نقل حقه أو عدم جوازه .

وانما التجأنا في التصوير الى الحوالة المقيدة لأنها هي التي تتوافر فيها ، في الواقع ، عناصر حوالة الحق ، اذ يجب أن يكون المحيل في حوالة الحق صفتا دائن ومدين :

– فكون المحيل مديناً للمحال ليتحقق معنى الحوالة بوجه عام ، لأنها لاتسمى حوالة فقهاً الا اذا كانت بين مدين ودائن . =

٣٤ - هذا ، وان شبهة الاستاذ شفيق شحاتة في ذلك هي ماأشار اليه في الفقرة /١٨٠/ من رسالته .

« ان المحال لايملك بعقد الحوالة مقابل الوفاء عند المحال عليه في الحوالة المقيدة » .

أي ان المحال لايملك المال الذي للمدين المحيل عند المحال عليه بمجرد الحوالة، وانما يملكه المحال بعد تنفيذ الحوالة بالقبض . ولذا لو مات المحيل بطلت الحوالة

= - وكون المحيل دائناً أيضاً ليتحقق معنى حوالة الحق بنقل المحيل حقه الذي على مدينه الى شخص آخر هو هنا دائنه المحال .

فلو كان المحيل دائناً فقط فأحال الى غيره لكان هذا إما توكيلاً بالقبض، وإما بيعاً أو هبة للدين من غير من عليه الدين ، وليس حوالة بالمعنى الفقهي . وقد علمت ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لم يجوزه فقهاؤنا .

ولو كان المحيل مديناً غير دائن لكان حوالة دين لا حوالة حق .

فحوالة الحق الفقهية دائماً انما تكون ، في الواقع ، من نوع الحوالة المقيدة.

وفي الاجتهاد الشافعي لا تكون الحوالة أبداً الا مقيدة ، اذ يشترط دائماً ان يكون المحال عليه مديناً للمحيل بمقدار الحوالة فأكثر ، فهي دائماً نقل للحق وللدين معاً ، ولكنه في الاجتهاد الشافعي نقل نهائي في معنى البيع ، فلا يرجع المحال على محيله بافلاس المحال عليه ولا يشترط في عقدها رضى هذا الاخير .

ويجب ان يلحظ في هذا المقام ان نصوص القانون المدني الجديد (وقبله المادة /٦٤/ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية السابق لدينا قد قضت بعمومها على قاعدة « عدم صحة تمليك الدين من غير من عليه الدين » فأصبح للدائن أن يبيع دينه او يهبه ممن يشاء . وسيأتي التنبيه على ذلك في باب الاموال .

المقيدة كما تقدم بيانه، ورجع المحال على تركة المحيل أسوة بسائر الغرماء الدائنين. ويعتبر من جملة التركة ماللمحيل المتوفي عند المحال عليه من المال الذي كان خصص لوفاء الحوالة.

ولكن هذه الشبهة مبنية على تصور ان حوالة الحـــق تستوجب التمليك كالبيع . وقد عرفت ان الحوالة ليست عند الفقهاء بيعاً وانما هي عقـد خاص يفترق عن البيـع في شرائطه ونتائجه .

والفقهاء الحنفيون لم يجيزوا للدائن نقل حقـــه بطريق البيـع ، ولكنهم أجازوه بطريق الحوالة، كما أجازوا للمدين نقل التزامه بها على ماسبق بيانه وتعليله، فاذا لم تفد الحوالة التمليك فليس معنى ذلك أن الحق لايقبل الحوالة ، إذ هـذا هو حد الحوالة وغايتها شرعاً ، ولا يمكن أن يطلب بالعقـــد اكثر من غايته المشروع لها .

على أن الاستاذين الكريمين متفقان على ان حوالة الدين جائزة في الاجتهاد الحنفي وسائر الاجتهادات الاسلامية .

وقد رأيت ان الاجتهاد الحنفي حكمه واحـــد في جميع صور الحوالة الحوالة : انها لنقل المسؤولية بالدين بصورة غير نهائية، حتى ان المحال فيها يرجـع على المحيل عند التوى ، سواء في ذلك الحوالة المقيدة التي فيها نقل حق ، والمطلقة التي ليس فيها سوى نقل دين ، خـلافاً للاجتهادات الاخرى التي تعتبر النقل في الحوالة نهائياً لارجوع بعده بافلاس المحال عليه .

فاذا كان القول بنفي حوالة الحق من الاجتهاد الحنفي مستنداً الى كون صورة حوالته لاتفيـد نقلا نهائياً لزم منـــه ان يقال بنفي حوالة الدين أيضاً للاشتراك في العلة . ولا وجه للاثبات في صورة والنفي في أخرى ، وعنـدئذ لاندري لماذا وضع الفقهاء في مباحث الفقه كتاب الحوالة ؟!!

٣٥ – نعم ان الفـارق بين فقهنا والاحكام القانونية الحديثة في هـذا الموضوع أن نظريات الحقوق الوضعية الحديثة أجازت للدائن نقل حقه بالبيع والهبة وغير ذلك بصورة مطلقة ، بينما الفقه الحنفي قيد ذلك في غير الحوالة بأنه لايجوز أن يبيـع الدائن دينه او يهبه الا لمن عليـــه الدين ، كي لايفاجأ المدين بدائن لم يتعاقد معه ولا يتحمله .

على انهم جوزوا ايضاً هبة الدائن دينه لغير المدين إذا وكله الدائن الواهب بقبضه : فيقبضه بحكم الوكالة ، ثم يملكه بحكم الهبة .

والخلاصة ان فصل الخطاب في الموضوع هو التمييز بين الحوالة والبيـع .

ولو أن الاستاذ شفيق شحاتة انما ينفي جواز نقل الحـــق بطريق البيع فقط في الاجتهاد الحنفي لكان ذلك مسلماً بـه ولا مجال لانتقاده . ولكنه نفي امكانه بطريق الحوالة اذ قال فيما نقلناه من عبارته : « وهـــذا الانتقال يتم بواسطة ماسموه : الحوالة » . وهذا هو محل المناقشة[1] .

---

(١) – بعد ماتقدم اخرج الدكتور شفيق شحاتة كتابه (حوالة الحق في قوانين البلاد العربية) وهو محاضرات في القانون المدني القاها في معهد الدراسات العربية العالية سنة / ١٩٥٤ . وقد جاء فيه (ص / ٦١ فقرة / ٧٧ مانصه :

« يقال في العادة ان حوالة الحق غير جائزة في الفقه الحنفي بخلاف حوالة الدين .

أما عن حوالة الحق فالذي اتضح لنا بعد استقرائنا للمسائل فيما تقدم ان الحكم بعدم جوازها في الواقع حكم مبتسر . »

وهذا كما ترى رجوع عن رأيه السابق في كتابه « نظرية الالتزامات في الشريعة الاسلامية » الى رأينا . وهذا خلق العلماء إذا تبين لهم الصواب .

٣٦ - تلازم المسؤولية والمديونية

الأصل في التشريع الاسلامي - وكذا في النظريات الحقوقية الحديثة - التلازم بين عنصري المديونية والمسؤولية في المحل.

فشخص المكلف في الالتزام هو مدين ومسؤول بالمعنى والتحديد الذي سبق بيانه في الفقرة السابقة.

ولكن قد ينفك محل المديونية عن المسؤولية لعوارض استثنائية، فيكون محل المديونية هو الذمة الشخصية، ومحل المسؤولية هو المال. وذلك كما إذا كان المدين قاصراً، فان التنفيذ يتعلق رأساً بماله، فلا يحبس في الدين، ولكنه متى ملك تمام اهليته بالبلوغ حمل المسؤوليات شرعاً وساغ اجباره قضاء على الايفاء.

وسنرى قريباً أمثلة أخرى لهذا الانفكاك في الفقرة / ٣٨ / الآتية.

الفرع الثاني

موضوع الالتزام (١)

- الالتزام بالدين، وبالعين، وبفعل، وبامتناع.
- الموضوع الايجابي. والموضوع السلبي.

---

(١) - تقدم إيضاح معنى موضوع الالتزام في بحث عناصر الالتزام وحقيقته فلينظر (ف/٢٦).

٣٧ ـ الالتزام بالدين ، وبالعين ، وبفعل ، وبامتناع

يقرر علماء القانون ان الالتزام يكون موضوعه احـــد اربعة امور : إما اداء مبلغ من النقود ، وإما تسليم عين معينة بذاتها ، وإما قياماً بعمل معين ، وإما امتناعاً عن عمل .

ونجد هذا منطبقاً على ما في الفقه الاسلامي من صور الالتزامات المختلفة. ففي الفقه الاسلامي أيضاً نجد ان الالتزام قد يتعلق بدين أو بعين أو بعمل أو بامتناع عن عمل ، كما يتضح مما يلي :

أ) ـ الالتزام بالدين :

ان الالتزام بأداء مبلغ هو التزام بوفاء دين .

فالدين يعبر به غالباً في الفقه الاسلامي عن التزام الملتزم بالنقود أو ما في حكمها من الاشياء المثلية التي تثبت في الذمة من المكيلات أو الموزونات أو المذروعات أو العدديات المتقاربة (ر : المجلة / ١٥٨) وسيأتي تفصيله .

والذمة تفيد معنى العهدة التي تكون للشخص في تحمل الحقوق .

وقد يراد منها ما يرادف الالتزام النقدي . وسنبسط الكلام على الدين والعين ونظرية الذمة في الباب الثاني الآتي عن الاموال (ف١١٥ ـ ١٢٧) .

وقـــد ميز الفقهاء في التزام الدين بين عنصريه الاساسيين ، وهما : ذات الدين ، والمطالبة به .

فالاصل في هذين العنصرين التلازم ، وقد ينفك احدهما عن الآخر .

ويذكر الفقهاء ذلك بمناسبة الكفالة ، والحوالة ، والابراء ، والتقاص ، وتأجيل الدين :

ـ فالكفالة تضم ذمة الكفيل الى ذمة المكفول في المطالبة فقط.

ـ والحوالة تنقل التزام أداء الدين من ذمة الى ذمة .

ـ وفي الابراء يستفاد من كلام الفقهاء التفريق بـــين الابراء عن اصل الحق والابراء عن الدعوى به . فالابراء عن الدعوى فقط لايسقط الحق ولكنه يمنع المطالبة به (ر : رد المحتار كتاب الصلح ٤/٤٧٤ ـ ٤٧٥) .

ـ والتقاص هو ان يثبت للمدين عند الدائن نظير دين هذا عليه . وهو انما يمنع المطالبة ولا يسقط الديون المتقابلة . فلو أبرأ أحـدهما الآخر بعد ذلك طولب بما للآخر عليه ، إذ بزوال المانع يعود الممنوع كما سنرى في نتائج التمييز بين العين والدين من باب الاموال (ف/١١٦ سادساً) .

ـ والدين ، بوجه عام ، يقبل التأجيـل الى زمن معين كما يقبل التنجيم ، أي التقسيط ، بحيث يؤدى كل قسط منه في موعد معين .

ـ فتأجيل الدين يمنع المطالبة قبل حلول الاجل رغم قيام الدين .

ب) ـ **الالتزام بالعين :**

أما الالتزام بالعين فذلك عندما يكون محله عيناً معينة بذاتها يقع الالتزام بتسليمها ، كتسليم المبيع للمشتري ورد المغصوب الى المغصوب منه ، وتسليم الوديعة المودع عند طلبها ، واعادة المأجور الى المؤجر متى انقضت مدة الاجارة.

فالالتزام بالعين المعينة بذاتها معناه دائماً : الالتزام بتسليمها .

ويجوز تحديد مكان معين لتسليم العين الملتزم بتسليمها ، كما يجـوز ذلك في الدين .

فقد نصوا على أنه لو اشترط في عقد البيع تسليم المبيع في مـكان معـين صح الشرط ووجب تسليم المبيـع في المكان المشروط (المجلة / ٢٨٧) .

ج) ـ **الالتزام بعمل :**

وأما الالتزام فصوره كثيرة لا تحصى ، كالالتزام بنقل بضاعة او اصلاح

آلة ، أو صنع شيء من الاشياء . ويدخل فيه بصورة عامة التزام كل أجير بالقيام بالعمل المستأجر عليه .

ويشمل الالتزام بالعمل أيضاً ما تقدم من صور الالتزام بالعين والالتزام بالدين . فان تسليم العين ، كرد العارية والمغصوب ، هو نوع من العمل . وكذلك وفاء الديون .

فالعمل أو الفعل موضوع عام يشمل تسليم الاعيان المعينة بذاتها ، ودفع الديون ، كما يشمل كل عمل من نوع آخر كاصلاح آلة ، ونقل بضاعة ، واجراء عملية جراحية لمريض ، الخ . .

وقد يعتبر الالتزام الناشيء بعقد الاستصناع التزاماً بالعمل على أحد رأيين للفقهاء في أن المبيع فيه هو العمل أو المعمول . والراجح عندهم الرأي الثاني : أن المبيع فيه هو العين المصنوعة ، وعليه المجلة .

وثمرة الخلاف ان الصانع لو جاء بمصنوع شخص سواه موافق للشروط يلزم به المستصنع على الرأي الثاني دون الاول .

د) ـ الالتزام بامتناع عن عمل :

ان ما تقدم من الصور والامثلة كلها كان موضوع الالتزام فيها ايجابياً يتجلى في القيام بفعل كدفع الدين ، وعمل الاجير ، وتسليم المبيع والثمن الخ .. والموضوع الايجابي هو الصورة الشائعة الغالبة في موضوع الالتزامات .

وقد يكون موضوع الالتزام سلبياً يتجلى في صورة امتناع عن فعل ، كالتزام الوديع بأن لا يتعدى على الوديعة ، والتزام المرتهن بأن لا يستعمل المرهون الا باذن الراهن ، والتزام المستأجر بأن لا يتجاوز المعتاد في استعمال المأجور ، والتزام الشريك في المال المشاع بأن لا يستعمل العين المشتركة استعمالا مضراً بحق شريكه

٣٨ - ان الموضوع السلبي للالتزامات في الفقه الاسلامي يرى كثيراً في الواجبات المدنية العامة التي يفرضها الشرع كمبدأ عــام لصيانة الحقوق والاموال ، ومنع العدوان كالامثلة التي بيناها . فهذه واجبات تثبت حكماً بايجاب الشرع .

ولم يرد في الاجتهاد الحنفي ما يسوغ ان يكون الامتنــاع موضوعاً مباشراً للالتزامات العقدية ، كتعاقد اثنين على ان لا يفتح أحدهما محلا تجاريا في جانب محل الآخر لبيــع مثل بضاعته ، أو كاتفاق ارباب نوع من المعامــل مع احدهم أن يغلق معمله كي ينحصر الانتاج بهم لقاء عوض شهري يدفعونــه اليه ، كما يجري اليوم بين أرباب المطاحن ، ونحو ذلك من الموضوعات السلبية في التعاقد .

وإنما يكون الامتناع موضوعاً غير مباشر في الالتزام العقدي ، فيكون من لوازم العقد ومقتضياته بحسب المبادىء الشرعية العامة وان لم يصرح به في العقد . فعدم استعمال الوديعة هو من وجائب الامين العامة . وكذا مــا ذكر في مثال المأجور والمرهون لان عينها أمانة .

أما العقد على الامتناع عن فعل مدني سائغ فهو غير معتبر ، لأن من المقرر لدى فقهائنا ان الانسان لا يلزم بتحمل الضرر المحض وان رضي به[1] ، والامتناع عن عمل مدني مشروع هو ضرر لصاحبه .

وفي هذا تختلف نظرية الفقه الحنفي عن الفقه الاجنبي . ففي القوانــين

---

(١) - انظر « درر الحكام شرح غرر الاحكام » لمنلاخسرو ، في البيع الفاسد ج ٢ ص / ١٧٠ / في تعليل فساد بيع جذع من سقف وذراع من ثوب يضره التبعيض .

الاجنبية قد أقروا مبدأ التعاقد على الامتناع عن فعل ، واعتبروه ملزماً ، وجعلوا من الموضوع السلبي ميداناً واسعاً للالتزامات العقدية ولا سيما في المضمار التجاري[١] .

٣٩ ـ الموضوع الايجابي ، والموضوع السلبي :

هذا ، وبناء على جميع ما سلف بيانه ـ وخاصة ان الالتزام بالدين وبالعين يدخلان في الالتزام بالعمل الذي هو اعم منهما موضوعاً ـ يمكن تلخيص ما تقدم بان موضوع الالتزام يكون دائماً بوجه عام احد امرين : اما عملاً ، واما امتناعاً عن عمل ، اي اما موضوعاً ايجابياً واما سلبياً .

---

(٢) ـ تقدم في بيان أنواع الحق العيني ان الاجتهاد المالكي يسوغ انشاء مثل هذا الالتزام السلبي بالعقد في حقوق الارتفاق (ر : ف ١٩ / الحاشية .

والظاهر ان الاجتهاد المالكي يجيز انشاء الالتزامات السلبية بالتعاقد على نطاق اوسع . فقد نص المالكية على انه اذا اتفق المشتري في البيع بالمزاد مع احد منافسيه ان يكف عن الزيادة لقاء مبلغ يدفعه له فكف المنافس عنها يستحق هذا المنافس المبلغ سواء اشترى ذاك السلعة ام لا .

وهذا من صور التناجش الذي تقدم بحثه في الجزء الاول (المدخل الفقهي ف ٢/١٨٧) . فاذا تواطأ المشتري مع جميع منافسيه او اكثرهم على ان يكفوا عن المزايدة كان ذلك غير جائز اضرره بالبائع ، ودخل عندئذ في حد عيوب الرضى ، فيكون للبائع حق ابطال البيع (ر : شرح الخرشي وحاشية العدوي ج ٥ ص / ٨٣) .

ويجب ان يلحظ هنا نصوص القانون المدني ، (وقبله المادة / ٦٤/ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية السابق) تقتضي اعتبار هذه الاتفاقات السلبية ملزمة لأصحابها . فهذا الحكم القانوني هو النافذ لدينا اليوم .

ويدخل في الموضوع الايجابي (وهو الفعل) وفاء الدين ، وتسليم العين .

٤٠ - تنبيه :

ظهر مما سلف أنه لا يجب لاعتبار الحق شخصياً في مقاصد الفقهاء ان لا يكون له تعلق بعين معينة .

فقد يكون الحق شخصياً ولو ان موضوعه تسليم عين ، كحق المودع على الوديع بتسليم الوديعة ، وحق المالك على الغاصب برد عين المغصوب ، وحق المشتري على البائع بتسليم عين المبيع .

فالحق هنا متجه الى الفعل المتصل بالعين ، وهو التسليم أو الرد ، الخ . . كما تقدم . فهو حق شخصي لمن يتسلم ، وهو التزام من المكلف بالتسليم .

أما ملكية العين نفسها فهي حق عيني لصاحبها المالك .

الفرع الثالث

في شرائط الالتزام ، وتعريفه

- تعيين طرفي الالتزام - معلومية محله - قيمة المحل
- تعريف الالتزام - الاسماء الاصطلاحية لعناصره .

٤١ - تعيين طرفي الالتزام :

اتضح مما سلف أن كل التزام لابد فيه من طرفين : الملتزم ، والملتزم له.

فهل يجب أن يكون الطرفان معينين منذ ابتداء الالتزام ونشأته ؟

مما لاشبهة فيه أن الملتزم لابد أن يكون وأن يتعين منذ نشأة الالتزام لأنه هو المكلف او المدين ، ولا يعقل إنشاء دين في ذمة شخص غيره .

أما الملتزم له ، أي صاحب الحق ، فان الأصل فيه أن يكون أيضاً متعيناً منذ نشأة الالتزام . لكن استقصاء الأحكام الفقهية يدل على أنه لايجب دائماً أن يكون متعيناً ابتداء . بل قد يكتفى بتعيينه عند استحقاق تنفيذ الالتزام . ومعنى ذلك أنه يمكن أن يقع الالتزام لمجهول في الابتداء .

١) - فقد نص الفقهاء على صحة تنفيل الإمام في الجهاد بقوله محرضاً للمجاهدين : من قتل قتيلا فله سلبه .

وقد ورد مثل هذا التنفيل عن النبي ﷺ . (ر : رد المحتار وحاشيته باب المغنم من كتاب الجهاد ٣ / ٢٣٨) .

٢) - وكذلك أجازوا أن يعلن من يفقد شيئاً جائزة لمن يجده ويأتيه بـه ، ولو لم يكن الخطاب والتكليف موجهاً الى شخص معين ، ويستحق الواجد أجر المثل في احد رأيين الفقهاء في ذلك[1] .

٣) - وصرحوا أيضاً في العبد الذي يأبق ، أي يفر من مولاه ، أن من أحضره يستحق على مولاه جعلاً قدره أربعون درهماً ، وهو حكم ثابت بالسنة .

ومقتضاه ان المولى عند الاباق يعتبر ملتزماً بالجعل تجاه كل من يتأتى منه رد العبد (رد المحتار ٣ / ٣٢٦ - ٣٢٧) .

---

(١) - والرأي الثاني أنه لابد لاستحقاق الجعل أي الجائزة ان يكون الخطاب موجهاً الى جماعة حاضرين او شخص معين تخريجاً على الاستئجار (ر : الدر المختار ورد المحتار ، كتاب اللقطة ٣ / ٣٢١) .

٤) — وصرحوا أيضاً أن من القى شيئاً وقال : « من أخـذه فهو له » ونحو ذلك ، فلمن سمعه او [illegible]وله هذا أن يأخذه فيملكه .

أما من يبلغه الاعلان فلا يملكه ان أخذه ، لأنه انما يأخـذه عندئذ على سبيل اللقطة ليرده الى صاحبه ، بخلاف من بلغه القول ، فذلك يأخذه على سبيل لهبة ، وقد تمت بالقبض بعد الايجاب .

ولا يضر كونه ايجاب التزام لمجهول لأن هذه جهالة لاتفضي الى المنازعة المشكلة والملك انما يثبت عند الأخـــذ — أي التنفيذ وهو متعين معلوم ، إذ ذاك .

وأصل هذا الحكم يستند فيه الفقهاء الى حديث نبوي .

حتى ان مجرد الالقاء بلا اعلان يعيد هـــذا الحكم اذا قامت قرينة مقام الاعلان كمن ينثر السكر والدراهم في العرس ونحوه ، فمن اخذ شيئاً منه ملكه (رد المحتار ، آخر كتاب اللقطة) .

٥) — وكذلك صرحوا بصحة الاقرار لمجهول جهالة غـير فاحشة كما لو قال شخص لاثنين : ان لأحدكما علي مبلغ كذا ، وعندئذ ينصف بينهما ان اتفقا (المجلة / ١٥٧٨) .

على ان صحة الالتزام دون تعيين الملتزم له في هذه الأمثلة الخمسة ونحوها هي حكم استثنائي لايمكن تعميمه على كل التزام ، فان معظم الالتزامات لابد فيها من تعيين كلا الطرفين عند نشأتها ، وهذا هو الأصل كما في البيع والاجارة وغيرهمـا .

٤٢ — معلومية محل الالتزام :

وكذلك محـل الالتزام ، فانه ، في اغلب الاحوال لابد ان يكون معلوماً منذ نشوء الالتزام .

وعدم معلومية المحل في الالتزامات العقدية يكون اما مفسداً للعقد المنشىء للالتزام ، او مبطلا له على اختلاف الاجتهادات في ذلك :

فقد اعتبر الاجتهاد الحنفي بيع الشيء المجهول واجارته مثلاً منعقدين لكنها فاسدان لتأديتها الى نزاع مشكل عند التنفيذ ، بينما ذهب الاجتهاد الشافعي وغيره الى بطلان العقد بهذه الجهالة .

ويجري مثل هذا الاعتبار في عقود المعاوضة كافة ، كالبيع والاجارة والصلح على بدل والقسمة اذا كان احد العوضين او كلاهما مجهولاً .

وانما قلنا (في اغلب الأحوال) لأن فقهاء الحنفية قد اجازوا في بعض الالتزامات جهالة محلها ابتداء ، واكتفوا بالمعلومية عند التنفيذ .

ــ وقد صرحوا في الكفالة بجوازها وصحتها اذا كفل الانسان ماسينشأ من دين عند آخر بمبايعته [1] .

وكذلك صححوا أن يبيع انسان مافي صندوقه وان لم يكن مضمونه معلوماً عند العقد .

وصححوا ايضاً عقد النكاح بمهر مجهول ، وأوجبوا به مهر المثل ، لأن المال ليس مقصوداً اساسياً في النكاح .

٤٣ ـ قيمة محل الالتزام :

هل يجب أن يكون محل الالتزام ذا قيمة ؟

ان النظر يقضي حتماً أن يكون محل الالتزام ذا قيمة مالية بالنسبة الى الملتزم له ، إذ لامنفعة ترجى من عمل او كف لاقيمة له ، كمن التزم تجاه آخر أن يمشي مدة من الزمن ، او أن يصوم عن الطعام ، او يسهر ، او نحو ذلك

---

(١) ــ ر : الدر المختار ، كتاب الكفالة ٤/٢٦٤

من الأعمال المباحة التي لا طائل تحتها او لا يعود على الملتزم له ثمرة منها [٢] .

فالواقع أنه في اغلب الأحوال يجب أن يكون للالتزام قيمة مالية ، ولا سيما في الالتزامات التعاقدية، إذ العقد انما يبغي به الطرفان غاية اكتسابية.

وتتجلى القيمة المادية في الالتزامات الايجابية بوضوح ، كتسليم المبيع والثمن ، وعمل الأجير ، وأداء الاجرة ، والتمكين من منافع المأجور، ونتائج أعمال الشركاء في الشركة الخ ... أما الالتزامات السلبية التي سلف بيانها فكذلك تظهر فيها القيمة المادية بطريق غير مباشر ، لأن التزام عدم استعمال الأمانة او عدم التعدي عليها مثلاً هو مصلحة مالية لصاحبها ، لأنه يبعد عنها طروء مايضرها .

وفي البيع شرط الفقهاء صراحة في جملة شرائط انعقاده أن يكون المعقود عليه مالاً متقوماً . ويفسرون المتقوم في اصطلاحهم بأنه مايجوز الانتفاع به شرعاً، فيخرج ما لايجوز الانتفاع به ولو كان ذا قيمة في الأسواق لأنها هدر في نظر الشرع ، كالخمر والخنزير بالنسبة الى عقد المسلم (المجلة/١٢٧ و١٩٩).

على أنه قد رأينا أن الالتزام لايختص بما كان ناشئاً عن عقد ، بل كل تكليف مدني بعهدة على انسان هو التزام عليه وهو حق شخصي لآخر ، كما تقدم في تعريف الحق الشخصي .

فبهذا الاعتبار نجد أن الالتزام في بعض الأحوال قد تكون قيمته ادبية تتصل بالأخلاق والمصالح المعنوية ونظام الأسرة ، كالتزام المرأة بطاعة زوجها

---

(١) ـ هذا كما لايخفى في الالتزامات المدنية ، أما الدينية فقد يصح فيها مالايصح مدنياً ، كالتزام التعبدات من صلاة وصيام وصدقة ونحوها ، وهو مايسمى : نذراً.

ومتابعته ، والتزام الزوج بحسن معاملتها ، فهذا يفرضه الشرع كنتيجة لعقد الزواج ، وكالتزام الولي باعمال الولاية على قاصر ، فانها عهـــدة عليه يجب عليه القيام بأعبائها[1] .

٤٤ ـ تعريف الالتزام :

بعد أن حصلنا بما سلف بيانه فكرة إجمالية عن الالتزام و موضوعه ننتقل الى تعريفه بالحد القانوني مستمداً مما سبق ايضاحه .

فالالتزام هو :

كون شخص مكلفاً شرعاً بعمل او بامتناع عن عمل لمصلحة غيره .

وهـذا هو خير تعريف نضعه بعـد النظر في مختلف التعاريف القانونية الحديثة من مختصر مخل ، ومطول فارغ .

ان تأخيرنا هذا التعريف القانوني الى هنا بعد ما تقدم من التمهيد يجعله واضحاً بلا حاجة الى ايضاح وتحليل .

---

(١) ـ قد اعتبر في التشريع الفرنسي التزام الزوجة بالطاعـــة والوصي بالوصاية من الالتزامات الادبية التي مصدرها القانون (ر : نظرية العقـــد للاستاذ السنهوري ف/٧١/ الحاشية/٢) .

(٢) ـ نلفت النظر بهذه المناسبة الى انه ليس من الضروري ، بل ولا من الصواب ، مايحرص عليه بعض علماء القانون في مؤلفاتهم من استيعاب معان في تعريف الالتزام لا يتوقف عليها فهم حقيقته وخصائصها ، كقولهم مثلا في بعض التعاريف التقليدية :

الالتزام هو رابطة قانونية محلها عمل او امتناع عن عمل ذي قيمة مالية او ادبية ، بمقتضاها يلتزم شخص نحو شخص آخر موجود او سيوجد » .

(ر : « الالتزامات » للاستاذ الدكتور حشمة أبي ستيت ف/٢٥) =

وهنا لا بد من الاشارة الى أن علماء القانون الاجنبي ، ومن ينقل عنهم من العرب أيضاً ، يعرفون الالتزام والحق الشخصي تعريفاً واحداً على اساس أنهما بمعنى واحد كما سلفت الاشارة اليه . وقد سبق أن بينا في مطلع هذا الفصل الثاني خطأ هذا النظر ، وأوضحنا اختلاف مفهوم الحق عن مفهوم الالتزام من حيث ان في الحق معنى الدائنية ، وفي الالتزام معنى المديونية ، وان كانا طرفي رابطة واحدة ، وعناصرهما واحدة كما تقدم (ر : ف/٢٥، ٢٦) .

وهذا يوجب أن يعرفا بتعريفين مختلفين يظهر منهما هذا الفارق الاساسي .

ولذلك عرفنا الحق الشخصي فيما سبق بأنه : **مطلب يقره الشرع لشخص على آخر** (ر : ف/٧) والآن عرفنا هنا هذا الالتزام بهذا التعريف الآخر .

٤٥ ـ الاسماء الاصطلاحية لعناصر الالتزام :

اصطلح شراح نظرية الالتزامات على تسمية طرفي الالتزام دائناً ، ومديناً . فالدائن هو الملتزم له ، والمدين هو الملتزم ، ومحل الالتزام هو الدين .

= ويقصدون بهذه الاطالة الاشارة الى انه لا يشترط في محل الالتزام قيمة مادية ، كما لا يشترط وجود الملتزم له عند نشوء الالتزام ، بل يكفي وجوده عند التنفيذ . أما الملتزم فيشترط وجوده من الابتداء .

فكل هذه النواحي خارجة عن ماهية الالتزام وحقيقته ، وعن خاصته المميزة ، هي شرائط قد يشترطها قانون ويهملها آخر .

ومن المقرر علمياً ان الشرائط ليس محلها التعاريف . فلو أردنا مثلا تعريف عقد الوكالة لوجب ان نقتصر في تعريفها على قولنا : « **انها انابة شخص لغيره عنه في التصرف** » (كما يعرفها فقهاء الشريعة الاسلامية) فان تعريفها ليس محلا لذكر الشرائط المطلوبة في الموكل ، والوكيل ، والتصرف الذي يجوز فيه التوكيل .

وهـــذا ترجمة حرفية عن اصطلاح القانون الفرنسي ، اذ يسمي الملتزم له : Créditeur والملتزم : Débiteur :

وهذا الاصطلاح ــ على مافيه من سهولة الاستعمال والاختصار ووضوح الدلالة ــ غير مناسب لعرف الفقه الاسلامي واصطلاحه بالنسبة الى الالتزامات التي موضوعها العمل كما في الأجير والمستأجر ، والتي موضوعها ذو قيمة أدبية كواجب الطاعة والمتابعة على المرأة لزوجها ، إذ يعد في منتهى البعد عن الذوق الفقهي تسمية الزوجة في هذا مدينة ، والزوج دائناً .

والأولى فيما نرى أن يقتصر في التسمية على الألفاظ الثلاثـــة : الملتزم والملتزم له ، والالتزام .

على أنه إذا أريد الاصطلاح على مرادف لهذه الألفاظ الثلاثة بعيد عن الاشتباه اللفظي في الرسم فخير ما نختاره هو :

الطالب ، للملتزم له ؛

والمكلف، للملتزم ؛

والتكليف ، او **العهدة** ، او **الوجيبة** ، للالتزام [1] .

---

(١) ــ لفظ **الالتزام** قد استعمله الفقهاء الاسلاميون من القـديم بمعناه الحديث اليوم في الاصطلاح القانوني .

فقد جاء في الموافقات للشاطبي المالكي بمناسبة الكلام عن **خطاب الشارع**، (أي النص التشريعي الذي هو أساس التكليف) مانصه :

« ان من شرط تعلق الخطاب امكان فهمه ، لأنـــه الزام يقتضي التزاماً »

(ر : الموافقات ، في بحث « المانع » ١/٢٨٥)

الفرع الرابع

في مصادر الالتزام

معنى مصدر الالتزام – حصر المصادر وترتيبها – أساس هذا الحصر

٤٦ – معنى مصدر الالتزام

مصدر الالتزام هو الأمر أو الحادث الذي نشأ عنه الالتزام . وهو يقع دائماً في جواب هذا السؤال : من أين نشأ الالتزام ؟•

• ويقول الشيخ عبد العزيز البخاري من كبار فقهاء الحنفية والاصوليين في شرحه « الكشف » على أصول فخر الاسلام البزدوي في بحث بقاء ذمة الشخص أو انهدامها بالموت ، مانصه :

« ان ذمة الميت لم تبق محلاً لوجوب الحقوق فيها ابتداء بعد الموت . وكما يشترط المحل لابتداء الالتزام يشترط لبقاء الحق » .

(ر : الكشف ٤/٣١٤)

وسنرى في نظرية الذمة تعريف الاصوليين لها بأنها: صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحاً للالزام والالتزام .

فالالتزام بين المتبايعين مصدره عقد البيع ، والتزام المتلف بالتعويض عما أتلف مصدره الفعل الضار ، والتزام الأب بنفقة ولده مصدره الشرع نفسه استناداً الى البنوة والفقر .

ومن ذلك يتضح أن مصدر الالتزام هو سببه نفسه المتقدم ذكره في الفقرة/٢٧/ وهو الذي يربط العناصر المادية (الطرفين والمحل) برابطة الالتزام ـ لأن المصدر الذي ينشأ منه الالتزام ليس في الحقيقة إلا الحادث الذي ربط به الالتزام وجوداً وعدماً . وهذا معنى السبب .

وقد صرح الفقهاء والاصوليون أن كل عقد هو سبب للأحكام التي تنشأ عنه ، وهي الالتزامات . فاذا كان العقد من مصادر الالتزام كما سيأتي ، كانت النتيجة أن سبب الالتزام هو مصدره نفسه [1] .

٤٧ ـ حصر مصادر الالتزام

---

(١) ـ جاء في رسالة « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية » للاستاذ شفيق شحاتة (ف/٤٦) مانصه :

« وفي الواقع ان من عناصر الالتزام في التشريع الاسلامي . السبب ، ولو أن ذلك لم يذكر صراحة والفقهاء عندما يستعملون لفظ « السبب » يقصدون في العادة مصدر الالتزام . وانا نجد مثلاً الشروطيين يقولون بوجوب ذكر (سبب الدين) في ذكر الحق . وكذلك يشترط ذكر السبب في الدعوى بالدين » ا هـ .

والشروطيون الذين ورد ذكرهم في كلامه هم الفقهاء المؤلفون في موضوع طرائق انشاء الصكوك التي كانت تسمى « كتب الشروط » كأبي جعفر الطحاوي مؤلف كتاب « الشروط الكبير » .

ومصادر الالتزام بوجه عام قد استقر الاستقراء والنظر الفقهي على حصرها في خمسة مصادر كلية وهي :

العقد ، والارادة المنفردة ، والفعل الضار ، والفعل النافع ، والشرع[1]

ومعنى المصدرية في هذه الأمور أن كل التزام لابد أن يكون مستنداً الى أحد هذه الأسباب ومتولداً عنه .

ولا يجب أن تشترك كل هـــذه المصادر او اثنان منها فأكثر في توليد

---

(١) ــ التشريــع الفرنسي قد جعل في القانون المدني مصادر الالتزام الخمسة هي : **العقد ، وشبه العقد ، والجرم ، وشبه الجرم ، والقانون .**

وقـــد بـين شراح نظرية الإلتزامات المتأخرون أن ذلك التقسيم خطأ ووهم ، فلا يوجد شبه عقد ، ولا شبه جرم .

وقـــد بينوا منشأ الوهم في هذا التصور والتسمية بالاستناد الى القانون الروماني الذى هو أصل القانون الفرنسي ، اذ كان مصدر الالتزامات عامة عند الرومانيين الجرائم والعقود فقط . ثم ألحقت بها التزامات ليست ناشئة عن عقد ولا عن جرم ، ولكنها تشبه الالتزامات الناشئة عن جرم او عن عقـد ، كاتلاف مال الغير ، وعمل الفضولي .

فسمي بعض الحقوقيين المتأخرين من الفرنسيين أسباب هذه الزمرة من الالتزامات : « **اشباه الجرائم ، واشباه العقود** » ظنـاً منهم ان الشبه المقرر بـين انواع الالتزامات في النظر الروماني هو شبه بـين مصادرها ، فخلطوا بين الالتزام ومصدره .

وقد ساد هذا الوهم زمناً في النظريات الفرنسية وجاء القانون المـــدني الفرنسي فبنى على هذا الوهم (ر : نظرية العقد للاستاذ السنهوري) .

وان الذي استقر عليه الرأي القانوني الحديث هو التقسيم الذي ذكرناه، وهو يتفق مع الفقه الاسلامي لأنه مبني على استقراء طبيعي صحيح كما سنرى .

الالتزام - كما يجب أن تتحقق جميع الشرائط لوجود الامر المشروط - لأن هذه المصادر اسباب مولدة ، والاسباب اذا تعددت يكون كل منها مستقلاً عن الآخر في توليد الاثر المسبب عنه . فكلما وجد سبب نشأ عنه الالتزام الذي يقتضيه في نظر الشرع .

٤٨ - المراد من مصدر الالتزام المتقدم انما هو السبب المباشر لا المصدر الآمر في ايجاب الالتزام ، اذ تكون عندئذ جميع المصادر مردها الى الشرع او الى القانون ، لأنه هو الآمر بالالتزام عند وجود تلك الاسباب المباشرة .

على أن بعض شراح نظرية الالتزامات الاجنبية يذهبون الى هذا الرأي ، فيتصورون أن جميع الالتزامات يجب أن يعتبر مصدرها التشريع ، اذ اليه المرجع في اعتبار الحادث مولداً للالتزام او غير مولد[1] .

لكن هذا النظر غير سديد ، لأن البحث انما هو في المصدر المباشر الذي يتولد منه الالتزام ، فان بعض الالتزامات لها اسباب طارئة هي العلة المباشرة في نشوء الالتزام ، كالعقد ، والاتلاف ، والغصب الخ ... فاضافة الالتزام اليها أليق وأقرب ، اذ موقف الشرع فيها أشبه بموقف حاكم لا منشىء .

أما الالتزامات التي لا يظهر فيها حادث مباشر تضاف اليه ، فيكون ايجابها من التدابير الشرعية التي يتدخل فيها الشرع مباشرة لتحقيق مصالح

---

(١) - هذا الرأي يشبه رأي من يقول من علمائنا بان مصادر الفقه الاسلامي الاربعة - الكتاب والسنة والاجماع والقياس - يجب ردها الى مصدر واحد وهو القرآن فقط ، لأنه هو الآمر باعتبار بقية المصادر وقدتقدم ذكره ونقده في القسم الاول في الجزء الاول (ف/٤١) .

يقدرها ، ونظم حيوية او اجتماعية يحميها ، كنفقة الاقارب، وايجاب الضرائب، فانها تضاف الى الشرع بهذا الاعتبار وان كانت في الحقيقة تستند الى اسباب قائمة كوجود القرابة المحرمية مع الفقر والعجز في وجوب نفقة القريب على قريبه . لأن الشرع لا يتدخل ويفرض بلا سبب .

على أنه اذا اعتبر الشرع هو المصدر العام الوحيد اختلطت انواع المصادر المباشرة ، وزالت مزية التمييز والتصنيف فيها ، تلك المزية التي يمتاز بها اسلوب نظرية الالتزام العامة .

٤٩ ـ الاساس المنطقي لهذا الحصر في مصادر الالتزام :

ان الاستاذ العلامة عبد الرزاق أحمد السنهوري قد أتى في كتابه «نظرية العقد» بتحليل ممتاز كشف به عن المستند المنطقي لتعيين مصادر الالتزام في القانون وحصرها وترتيبها . وقد بين فيه كيف تتفرع مصادر الالتزامات ، بل مصادر الحقوق كلها قاطبة ، من اصل منطقي واحد ، وأوضح فيه أن هذا الحصر طبيعي عقلي مستوعب .

ونحن نلخص رأيه فيما يلي مع شيء من التصرف وضرب الامثلة:

٥٠ ـ الواقعة الشرعية :(١)

ان كل سبب ينشيء علاقة شرعية او يؤثر فيها هو أمر يجد فيحدث تعديلاً في العلاقات البشرية القائمة قبل وجوده .

---

(١) ـ اننا نعبر في مباحث الفقه الاسلامي بلفظ « الشرع » حيثما يعبر الباحثون في نظرية الالتزامات بلفظ « القانون » جرياً على اصطلاح فقهائنا . فلذا استبدلنا اسم « الواقعة الشرعية » باسم « الواقعة القانونية » الوارد في كلام الاستاذ السنهوري .

فلو تصورنا أنـــه قد حصل على سطح الارض سكون وتوقف عن كل حركة أو حادث جديد أمكن أن نقول : ان جميـع العلاقات تبقى حينئذ على حالها السابق دون تغير .

فاذا حدث بعد ذلك أية حركة جديدة طبيعية أو ارادية فقـد يكون من شأنها أن تعدل في هذه العلاقات .

ان تلك الحركة الجديدة الواقعة اذا كان من شأنهـا أن تنتج أثراً شرعياً سميت : « **الواقعة الشرعية** » .

ان الواقعة الشرعية إما أن تكون راجعة الى ارادة الانسان ، او تكون مما لاعلاقة لارادته بها .

فهبوب العواصف وانفجار البراكين قـــد يعتبر قوة قاهرة ، أي حالة اضطرارية تعفي المكلف من بعض التزاماته المتوقفة على الامكان ، كما اذا حالت دون امكان انتفاع المستأجر بمأجوره اذ تسقط الأجرة ، او دون قيـام متعهد بتعهده في وقته فلا يضمن ضرر التأخير ، او دون قيـام وديع بحفظ الوديعة فلا يقع عليه ضمان التقصير .

وقد تكون الواقعة من عمل انسان فاقد الارادة والاهلية كالمجنون ، او الصغير غير المميز اذا اتلف مال الغير فانه يلزم بالضمان (التعويض) .

وقد تكون من جهة انسان ذي إرادة دون ان يكون لارادته دخل فيها كالميلاد ، فانه يثبت للمولود حقوقاً ؛ وكالموت فانه ينشىء للورثة او الموصى لهم حقوقاً كذلك .

فلذا يصح أن يقال بوجه عام .

ـ وما يرجع منها الى إرادة الانسان اكثره اعمال مادية قـــد يريد صاحبها بها او لايريد إحداث أثر في العلائق الشرعية القائمة . فهو يأكل ويمشي

ويتحدث الخ .. ولا يقصد الى أثر شرعي ، ولكن قد تتأثر العلائق الحقوقية دون قصد منه :

فاذا أكل شيئاً لايملكه اصبح مسؤولاً بعوضه . وكذا اذا مشى دون حيطة فأتلف شيئاً . واذا ذكر في احاديثه مثالب غيره بما يعتبر جرم قذف او قدع وذم حمل بذلك مسؤولية ضمانية او عقابية .

– ومن الوقائع التي ترجع الى ارادة الانسان ماليست باعمال مادية ، بل هي اعمال الارادة ، والمراد بها توجه الارادة المحضة الى إحداث نتائج شرعية معينة. وهذا يسمى : « تصرفاً شرعياً » ، تمييزاً له عن الاعمال المادية .

– فمن هـــذه التصرفات الشرعية مايرجع الى إرادة الشخص منفرداً كالوصية والوقف ، وهو التصرف الشرعي الوحيد الطرف .

ومنها مايقترن بارادة طرف آخر وهو العقد .

فنستطيع إذن أن نستخلص مما تقدم ونقول : ان **الوقائع الشرعية بجميع انواعها هي مصادر الروابط والعلائق الحقوقية .**

٥١ – بعد ماتقدم ايضاحه يمكن تقسيم الوقائع الشرعية بالتدرج من الأعم الى الأخص كما يلي :

أ) – الوقائع إما طبيعية أو اختيارية .

ب) – والوقائع الاختيارية إما اعمال مادية او تصرفات شرعية .

ج) – والتصرفات الشرعية إما وحيدة الطرف ، او متعددة .

والشرع من وراء كل ذلك محيط ، فهو الذي يحدد الآثار التي تترتب على الوقائع والاعمال .

٥٢ – تطبيق هذا الترتيب على مصادر الالتزام بوجه عام :

ان الوقائع الطبيعية ، كالجوار والقرابــة والمرض ونحوها ، يرتب عليها

الشرع التزامات معينة معلومة في اماكنهـا لاعتبارات ترجع الى العدالة والتنظيم الاجتماعي .

لذلك يصح اسناد تلك الالتزامات الى الشرع رأساً لتدخله المباشر فيها فيكون هو مصدرها .

أما الوقائع الاختيارية فان أحد قسميها هو التصرفات الشرعية وهذه – سواء منها وحيد الطرف كالوقف ، ومتعـددة كالعقود المتنوعة – يعتبر مصدرها هو التصرف الشرعي نفسه ، وان الشرع هو الذي يأمر بالالتزامات التي تنشأ عنها اذ ان الشرع فيها مصدر غـير مباشر ، والمصدر المباشر هو التصرف ذاته [1] .

والقسم الثاني من الوقائع الاختيارية ، وهو أعمال الانسان المـادية ، نوعان :

الاول) – اعمال ممنوعة تضر بالغير فتلزم بتعويض الضرر ، كالتعدي على النفس او المال . فهذا الالتزام مصدره المباشر هو العمل المادي الضار .

والثاني) – أعمال مشروعة [2] تصدر من واحد فيفتقر بهـا من حيث يستغني غيره دون سبب مبرر . فيلتزم من اغتنى من افتقار سواه أن يرد اليـه ما اغتنى به على حسابه ، كمن أدى دين غيره بأمره ، أو اشترى شيئاً فتبين بعد ذلك أنه ملك الغير واستحق من يده ، أو دفع ديناً يظنه على نفسه ثم تبين أنه

---

(١) – وهو سبب الالتزام في نظر الفقه الاسلامي كما تقدم (ر :/٤٦).

(٢) – يجب أن يلحظ الفرق في المعنى بين العمل الشرعي ، والعمـل المشروع . فالشرعي هو مايترتب عليه حكم وأثر في نظر الشرع . فالوقائع ، حتى الطبيعية منها والأعمال الممنوعة كالجرائم ، تسمى شرعية بهذا الاعتبار .

أما المشروع فهو مايسيغ الشرع فعله ، ويقره .

كان بريئاً منه ، حيث يرجع على الآمر في المثال الاول ، وعلى البائع في المثال الثاني ، وعلى الدائن القابض في المثال الثالث .

فهذا الالتزام مصدره المباشر هو العمل المادي النافع . والمصدر غير المباشر في كل من التصرفات الشرعية والافعال المادية هو الشرع .

فبذلك تنحصر مصادر الالتزامات في الخمسة السابقة الذكر : العقد ، والارادة المنفردة ، والعمل الضار ، والعمل النافع ، أو (الإثراء بلا سبب) ، والشرع .

وتطبيقها على ترتيب الوقائع المتقدم ظاهر :

ـ فالعقد ، والارادة المنفردة يدخلان في التصرفات الشرعية .

ـ والعمل الضار ، والعمل النافع يدخلان في الأفعال المادية .

ـ وكل من الأعمال المادية ، والتصرفات الشرعية ، هي وقائع اختيارية.

ـ وتقابلها الوقائع الطبيعية التي تنسب مصدرية الالتزام فيها الى الشرع[1] .

---

(١) ـ وأما تطبيق هذا الترتيب على مصادر الحقوق كافة بجميع أنواعها، لا الالتزامات خاصة ، فيمكن تلخيصه كما يلي :

أ) ـ في الحقوق العينية : ان الأسباب المعروفة شرعاً وقانوناً في اكتساب الحقوق العينية من عقد معاوضة ، أو هبة ، أو ميراث ، أو وصية ، أو احراز ، أو شفعة ، أو التصاق الخ . . .اذا رتبت بالترتيب المتقدم في الوقائع كان منها :

ـ وقائع طبيعية كالميراث والشفعة ،

ـ واعمال مادية كالإحراز ، =

الفرع الخامس

في التعريف بنظرية الالتزام العامة

وترتيبها

في الفقه الاجنبي

وموقف الفقه الاسلامي منها

٥٣ – عرفنا مما سبق أن الحقوق المالية أجمع تنقسم في الأصل الى نوعين أساسيين هما : الحق الشخصي ، والحق العيني . (يضاف اليها نوع ثالث طارىء، هو حق الابتكار) .

= – وتصرفات شرعية وحيدة الطرف كالوصية ، أو متعددة الطرف كالبيوع .

ب) – في حقوق الاسرة : ان بعض مصادر حقوق الأسرة وقائع طبيعية كما في النفقة والولاية . وبعضها مصدره أعمال مادية ، كثبوت النسب، وكتأكد تمام المهر بالخلوة الزوجية بعد العقد. وبعضها مصدره تصرفات شرعية وحيدة الطرف كالحقوق الناشئة عن الطلاق، أو متعددة الطرف كعقد الزواج.

ج) – في الحقوق العامة : وكذلك الروابط التي ينظمها القانون العام :
– بعضها يرجع الى الوقائع الطبيعية ، كحق من توافرت فيه شروط =

ورأينا مبنى التمييز بين الحق الشخصي والالتزام وبين الحق العيني. وهذا التمييز يرى علماء القانون أنه موجود في الفقه الروماني .

ان الفقه القانوني المنحدر عن الحقوق الرومانية في اوروبة اللاتينية وكذا التقنينات التي قامت على أساسه مستمدة من اصول رومانية، كلها ترتب أحكامها القانونية ومباحثها على اساس التمييز بين الحـــق الشخصي والحق العيني . فهم يتخذون الحق نفسه أساساً للترتيب القانوني .

٥٤ - ومن ثم يقسمون القانون الى قسمين اساسيين :

أ) - قسم اول يخصص للحقوق الشخصية وللالتزامات التي تقابلها . ويعرض في هذا القسم بترتيب خاص مايتعلق بهذه الحقوق الشخصية والالتزامات من مباحث واحكام .

ب) - وقسم ثان يخصص للحقوق العينية ، يعرض فيه مايتعلق بها ايضاً من مباحث وأحكام .

وهذا القسم الثاني المتعلق بالحقوق العينية من الأحكام القانونية قد يسمى في الاصطلاح القانوني : **نظرية الاموال** ، باعتبار أن العنصر البارز المنظور اليه في الحق العيني انما هو محل هذا الحق وهو المال ، لعدم وجود شخص مكلف كما في الحق الشخصي .

= الانتخابات او الترشيح .

- وبعضها يرجع **لاعمال مادية** ، كالحقوق والالتزامـات التي تنشأ بين الدول في حالة الحرب .

- وبعضها يرجع الى **تصرفات قانونية من جانب واحد** ، كنقل الموظف ، وعمل الهيئات التشريعية في سن القوانين .

- وبعضها ينشأ عن **أعمال قانونية صادرة عن جانبين** ، كالعقود التي تبرمها الجهات الادارية مع الافراد .

يتضح من ذلك أن التمييز بين الحقين الشخصي والعيني في الفقه القانوني الاجنبي هو حجر الأساس الذي تقوم عليه الصياغة الفنية العامة لذلك الفقه كله.

وهذا الترتيب في الصياغة هو الذي جرى عليه قانوننا المدني وأصله المصري الجديد، تبعاً لمصادرهما الاجنبية المستمد منها. فقد انقسمت الاحكام في كل من هذين القانونين الى قسمين كليين أساسيين كما سبقت الاشارة اليه:

- القسم الاول في الحقوق الشخصية والالتزامات.
- والقسم الثاني في الحقوق العينية.

٥٥ - ان القسم الأول من القانون وهو مايتعلق بالحقوق الشخصية والالتزامات يتضمن جانبين كبيرين من الأحكام:

الجانب الاول - : تعالج فيه الأحكام العامة في الحقوق الشخصية والالتزامات، وهي الأحكام التي تخضع لها جميع تلك الحقوق والالتزامات. ويؤلف هذا الجانب من الاحكام التشريعية مايسمى في الاصطلاح القانوني «قواعد الالتزامات»، او الاحكام العامة في الالتزامات»، او الالتزامات بوجه عام» (كما سماها قانوننا وأصله المصري الجديد) او: **نظرية الالتزام العامة**. وهذا هو الاسم المشهور لهذه المجموعة من الأحكام العامة في لسان علماء القانون.

وفي هذه التسمية - كما نرى - تغليب لجانب الالتزام على جانب الحق، حيث قيل: «**نظرية الالتزام**» ولم يسموها: «**نظرية الحق الشخصي**»، لأن الالتزام هو المنظور اليه في الدرجة الأولى، إذ ان العنصر البارز في الحق الشخصي هو المكلف الملتزم به. فان المقصود الأصلي من سن القوانين انما هو تعيين المسؤول في التصرفات والوقائع وتحديد مسؤوليته.

واذا كان التشريع قوة مجبرة فمحل الاجبار هو الملتزم.

فبناء على ذلك، اذا قيل: «نظرية الالتزامات» فهي في الوقت نفسه

« نظرية الحقوق الشخصية » ايضاً .

والجانب الثاني – : تعرض فيه العقود المسماة من بيع وهبة الخ ... عقداً فعقداً بترتيب خاص، وتذكر فيه الأحكام القانونية التي ينظمها القانون لكل عقد منها ، وذلك لأن الحقوق والالتزامات القانونية التي يولدها كل عقد من هذه العقود تنطوي على :

أ – أحكام تتمشى مع القواعد العامة المقررة في الجانب الاول المتقدم الذكر ، فتكون بمثابة تطبيق لها وتذكير بها .

ب) – وأحكام استثنائية من تلك القواعد تخرج عنها لأسباب وعلل تلحظ في طبيعة كل عقد ، او في مقتضيات التعامل والتوجيه التشريعي فيه .

هـــذا ويتضح من ذلك أن نظرية الالتزام العامة، وهي من ثمرة ذلك التمييز بين الحقين الشخصي والعيني، تؤلف مع العقود المسماة شطر القانون وهو الشطر الأهم .

وتأتي هـــذه العقود المسماة برزخاً حاجزاً بين نظرية الالتزام العامة ونظرية الاموال (الحقوق العينية) لأن العقود تولد كلا النوعين من الحقوق: الشخصية والعينية .

٥٦ – ترتيب نظرية الالتزام العامة في الفقه القانوني :

ثم ان الجانب الاول الآنف الذكر (اي الاحكام العامة المتعلقة بالحق الشخصي والالتزام) المسمى بالنظرية العامة للالتزامات ينشطر البحث فيه كله الى شطرين اساسيين :

(الشطر الاول) : يبحث فيه عن مصادر الالتزام الخمسة المولدة له في نظر القانون وفقهه .

وهي : العقد ، والارادة المنفردة ، والفعل الضار والاثراء بلا سبب ، والقانون .

(والشطر الثاني) : يبحث فيه عن الاحوال التي تعتري الحقوق الشخصية والالتزامات بعد تولدها ونشوئها .

٥٧ ـ وهذا الشطر الثاني من الأحكام العامة يسمى في اصطلاح علماء القانون : أحكام الالتزام في ذاته ، أي أحوال الالتزام مجرداً ، بقطع النظر عن مصادره المولدة له . لأنه تبحث فيه الأحوال التي تعتري كل التزام مهما كان مصدره ، بينما أن الشطر الأول من تلك الأحكام العامة وهو المتعلق بمصادر الالتزام تبحث في كل مصدر منه الأحكام العامة الناشئة عن ذلك المصدر دون المصادر الاخرى ، كأحكام المسؤولية العقدية ، والمسؤولية التقصيرية .

ـ فالاولى (المسؤولية العقدية) ترسم حدوداً تطبق على الالتزامات التعاقدية ؛ أي الناشئة عن عقد بين طرفي الالتزام ، وهذه يبحث عنها في نظرية العقد ، أي أحكامه العامة .

ـ أما الثانية (المسؤولية التقصيرية) فترسم حدوداً تطبق على الالتزامات الناشئة عن كل فعل ضار ولو لم يكن بين صاحب الحق والملتزم عقد ما . وهذه المسؤولية يبحث عنها في نظرية الفعل الضار .

لذلك وزعت الاحكام العامة في الترتيب كما يلي :

أولاً) ـ مايتعلق بمصادر الالتزام من أحكام .

ثانياً) مايتعلق بالأحوال التي تعتري كل التزام بعد تولده ، مهما كان مصدره ، وهو احكام الالتزام في ذاته .

٥٨ ـ واحوال الالتزام هذه ، أو احكامه في ذاته هي :

(١) ـ آثار الالتزام . ويبحث فيها عن تنفيذه وانواع هذا التنفيذ

(التنفيذ عينا أو بطريق التعويض) ووسائله القانونية .

(٢) ــ **الاوصاف المعدلة لآثار الالتزام** ويبحث فيها عن :

أ) ــ الشروط التعاقدية التي اذا اشترطها طرفا الالتزام انحرفت بذلك الالتزام عن حكمه الاصلي الذي كان يثبت له لولا ذلك الاشتراط .

ب) ــ الأجل الذي للالتزام فيؤثر فيه نظير تأثير الشرط .

(٣) ــ **انتقال الالتزام** . ويبحث فيه حوالة الحق الشخصي (أي تبدل الدائن دون المدين) وحوالة الدين (أي تبدل المدين دون الدائن) .

(٤) ــ **اثبات الالتزام** . ويبحث فيه عن البينات من وثائق خطيــة ، وشهادات ، وعن الاقرار ، واليمين ، والقرائن ، وسائر وسائل اثبات الحق.

(٥) ــ **انقضاء الالتزام** . ويبحث فيه عن الحــالات التي تسقط فيها الالتزامات المدنية عن الملتزم المكلف بها : اما بوفائها عيناً او بما يقوم مقامه واما دون وفاء كما في حالتي الابراء والتقادم .

هذا ترتيب نظرية الالتزام العامة في تطورها الذي انتهت اليه ، ومبناها الذي تقوم عليه صياغتها الفنية الأخيرة وصياغة الفقه القانوني الذي قام حولهــا. وهو الترتيب الذي اتبعه قانوننا المدني وأصله المصري الجديد .

٥٩ ــ مزايا وعيوب ترتيب نظرية الالتزام العامة :

ان ترتيب نظرية الالتزامات هذا هو ترتيب له مزاياوفيه عيوب كشفت عنها الانظار القانونية الحديثة التي تتجه الى ترتيب آخر ظهرت طــلائعه في القانون المدني الالماني .

أ) مزايا هذا الترتيب :

فأما مزايا هذا الترتيب فيها فهو أنه جعل منها وحدة نظرية جــامعة كشجرة تنتظم جميع فروع الاحكام العامة متفرعة من جذع واحد ، هو الحق

المالي ، فأحد فرعيه ، وهو الحق الشخصي ، تتشعب مباحثه من مصـــادره الى أحواله فتتكون منها مجموعة نظريات جزئية وقواعد وأحكام مترابطـة تؤلف نظاماً قانونياً متماسك الأجزاء ، يتابع الحق والالتزام من ولادتها الى وفاتها ويتجلى فيه جمال الصياغة الفنية ، والاحاطة والتسلسل ، بالصورة التي سبـــق رسمها وشرحها . ولذا استحق هذا النظام اسم : **النظرية العامة** .

ب) ــ عيوب هذا الترتيب :

على أن جمال هذا المظهر الفني في ترتيب النظرية العامة للالتزامات قـد بدأت تظهر فيه عيوب كثيرة لدى النظر والتأمل بمقاييس منطقيـة جديدة ، أصبح بها ترتيب هذه النظرية عرضة لتيار انتقادات قوية منذ أن ظهر الاتجـاه الحديث في الترتيب القانوني الذي اعتمده واضعو القانون الالماني ، وهو صياغة نظرية قانونية عامة بترتيب جديد ينطلق من النظر الى المصدر المولد للحـــق والالتزام لا من النظر الى احوالهما ، ويرد هذا المصدر الى قسمين أساسيين هما: **التصرف القانوني** ، **والواقعة القانونية** .

وقد أيدهم في هذا الاتجاه فريق من علماء القانون الفرنسيين كالاستـاذ سالي وتلاميذه . وبذلك أصبح نجم نظرية الالتزامات مهدداً بالأفول ليحـل محلها نظرية عامة تقوم على ترتيب آخر أكثر منطقية وانسجاماً منها [1] .

٦٠ ــ والذي نراه في هذا المقام أن نظرية الالتزام العـامة تقوم على

---

(١) ــ قد أوفى هذه الانتقادات حقها من البحث وأوضحها الاستـاذ الدكتور محمود أبو العافية في كتـابه القيم الذي عنوانه : « **التصرف القانوني المجرد** » وبين أن نظرية الالتزامات أصبحت تحمل جميع جراثيم الفناء ، مما يحكم معه انها لا يؤمل لها طول البقاء ، فلينظر ذلك فيه . وهو رسالة دكتوراه نالت الامتياز من جامعة القاهرة .

أساس من الترتيب غير سديد رغم مافيها من جمال المظهر الفني في الصياغة .

ونقطة الانطلاق في خطأ ترتيبها فيما نرى هو أنها تتخذ الحق والالتزام أساساً للبحث والتفريع والترتيب مع أنهما ، أي الحق والالتزام ، أثر لمصادرهما المولدة لهما ، ويأتي فيها البحث عن المصدر (وهو المنشىء المؤثر) كفرع في مباحث الحق والالتزام . وهذا خلاف مايقتضيه الواقع الطبيعي ، فان المصدر يوجد أولاً فيستلزم وجود الحق والالتزام اللذين يأتيان نتيجة مطاوعة في نظر القانون .

فمن الواجب أن يتخذ المصدر ، لا الأثر ، أساساً للبحث والتفريع والترتيب ، وتبنى النظرية العامة عليه ، وتأتي الحقوق والالتزامات كثمرات ونتائج لأحوال المصدر ، بعكس ترتيب نظرية الالتزامات التقليدية تماماً .

٦١ ـ وقد كان من نتائج ذلك الترتيب التقليدي المعكوس في نظرية الالتزامات أن مباحث هامة هي من مصادر الالتزام بمقتضى طبيعتها ، ولكنها تذكر في أحواله جريا مع الترتيب التقليدي :

أ) ـ من ذلك مثلاً أن حوالة الحق والدين تذكران في بحث انتقال الالتزام على أنها حالة من أحواله ، بينما هذه الحوالة انما تتم بعقد ، والعقد من المصادر . وبذلك اختلط بحث المصدر بالاحوال .

ب) ـ ومثل ذلك يقال في بحث الشرط والأجل ، فانهما من أحوال العقد لايتحققان الا فيه ، ولكنها رغم ذلك يذكران في احوال الالتزام .

ج) ـ وكذلك عقد الرهن مثلاً فانه لايذكر مع العقود المسماة التي تعقب مباحث النظرية العامة بحجة أنه ينشىء حقاً عينياً تبعياً هو حق احتباس المال المرهون . ولذا يذكرونه في الحقوق العينية ، مع أن عقد البيع ينشىء

الملكية للمشتري وهي (أي الملكية) رأس الحقوق العينية وأهمها وأعمها ، روغم ذلك يذكرونه في العقود المسماة .

د) ــ ثم إن كثيراً من المباحث التي تبحث في قسم الالتزامات والحقوق الشخصية هي مباحث مشتركة بين الحق الشخصي والعيني كنظرية العقد ، فان العقد ينشيء الحق العيني كما ينشيء الحق الشخصي . وهذا مبعث اضطراب في كيان نظرية الالتزامات .

٦٢ ــ فلهذه الاعتبارات ايضاً نرى من الصواب اتجاه واضعي القانون الالماني الى صياغة نظرية قانونية عامة بترتيب آخر لايقوم على اتخاذ التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني اساساً لبناء النظرية (كما يقوم عليه بناء نظرية الالتزامات) ، بل يتخذ مصدر الالتزام اساساً لبناء النظرية العامة ، ويقسم هذا المصدر الى قسمين أساسيين :

ــ التصرف القانوني ، وهو تصرف الارادات ، أي العقد ، والارادة المنفردة .

ــ والواقعة القانونية ، وهي الحادثة .

٦٣ ــ وهذا الاتجاه الجديد في الصياغة القانونية ، وهو الاتجاه الذي الذي تتوقع له السيادة محل نظرية الالتزامات ، يتقرب الى حد كبير من اسلوب الفقه الاسلامي الذي يبني صياغته كذلك من اساس مصدر الالتزام .

ولكن الفقه الاسلامي يحتاج في هذا الطريق الى أن تجمع أجزاء النظرية العامة المتفرقة في تعليل جزئيات الأحكام فيه ، ويصاغ منها قسم من الأحكام العامة للتصرفات والوقائع قبل عرض العقود المسماة . وعندئذ يتلاقى الفقه الاسلامي في صياغته مع احدث الاتجاهات القانونية الجديدة .

٦٤ ــ والفقه المدني الاجنبي القائم على اسس نظرية الالتزامات العامة

فيه إنما تتجلى آفاقه والآراء الحقوقية لفقهائه في تلك النظريات الفرعية النابتة على جذع هذا الهيكل الاجمالي للنظرية العامة ، والمتعلقة بتقرير كل نوع من أنواع الحقوق والالتزامات في موقعه المناسب من تلك النظرية العامة ، كتعيين اركان العقود وشرائطها العامة وآثار العقد وانحلاله ، وحدود المسؤولية العقدية ونظرية تأثير الظروف الطارئة في تعديل العقود والالتزامات وانقضائها ، وكالنظريات المختلفة في فروع المسؤوليات المدنية المتفرعة عن نظرية الفعل الضار مثل نظرية التعسف في استعمال الحق ، ومسؤولية عدم التمييز وحدود الضمان الذي يترتب على أفعال القاصرين ، وكالمباحث الخاصة بعد ذلك في العقود المسماة وأحكامها مما يتعلق بكل عقد على حدة ، من بيع او اجارة أو هبة أو اعارة أو غيرها ، الى آخر ما هنالك من مباحث عامة وخاصة ، ومن نظريات أساسية وفرعية متشعبة النواحي ، يتكون من مجموعها الفقه المدني اليوم في بلاد الغرب موزعاً على نواحي الهيكل العام لنظرية الالتزامات ، كما يكسى الهيكل العظمي الانساني لحماً وعصباً وعروقاً وروابط فيكون بشراً سوياً قائماً بوظائفه الحيوية مسدداً لها

٦٥ - موقف الفقه الاسلامي تجاه نظرية الالتزام الاجنبية :

ان فقهنا الاسلامي يتفق مع نظرية الالتزامات الاجنبية في كثير من الاسس ، ويخالفها في بعض المبادىء القانونية والنظريات الفرعية بمبادىء ونظريات أخرى ، او بقيود يلقيها عليها .

فمصادر الالتزام الخمسة العامة التي اسلفنا بيانها كلها من حيث الاساس معتبرة في الفقه الاسلامي .

(أ) - فنظرية العقد قد بنيت عليها أحكام كلية وفرعية في العقود المختلفة الانواع في الفقه الشرعي ، مما تقدم تفصيله في نظرية العقود في الجزء الأول (المدخل الفقهي العام) .

(ب) – ونظرية الارادة المنفردة بنيت عليها في الفقه الاسلامي جميع التصرفات التي لا يوجد فيها حق لغير المتصرف ، كالوقف والوصية والطلاق والاعتاق والابراء والكفالة الخ . . .

(ج) ونظرية الفعل الضار بفروعها الواسعة تعد جزءاً من نظرية الضمانات بالتعدي او الاتلاف او التسبب في الفقه الاسلامي .

(د) – ونظرية الاثراء بلا سبب قد بنيت عليهافي الفقه الاسلامي مسائل كثيرة من امور الضمان ، وحق الرجوع :

فمن ذلك حق الملتقط في ان يرجع على صاحب اللقطةبما أنفقه عليها من نفقة باذن الحاكم قبل ظهور صاحبها .

وكذا حق الشريك في الرجوع على شريكه بحصته بما أنفقه من النفقة الضرورية على العقار المشترك الذي لا يقبل القسمة .

وكذلك حكم المستعار ، (وهو الشيء الذي يستعيره شخص من آخر لا ليستعمله ، بل ليرهنه باذن المعير لدى ثالث في مقابل قرض ، ويكون ذلك غالباً بين الاصدقاء او الاقارب او الأزواج) .

فلو تلف الرهن المستعار في يد الدائن المرتهن ، او اذا ادى المالك المعير لغير الرهن ما على المستعير الراهن من دين ليستطيع فكاك ماله المعار المرهون ، فان المعير في الحالتين يرجع على الراهن المستعير بما أدى عنه في حالة التأدية ، وبما سقط عنه من الدين في حالة تلف المرهون ، لأن هذا الراهن قد أثرى على حساب معيره بلا سبب مسوغ [1] .

---

(١) من المقرر أن المال المرهون في يد المرتهن مضمون عليه بمقدار مايعادل الدين المرهون فيه . وما زاد من قيمة المرهون عن الدين يكون أمانة محسوبة في يد الدائن المرتهن لا يضمن الا بتعدي المرتهن عليه أو تقصيره في حفظه =

ولا يعتبر فقهاؤنا المعير الرهن متبرعاً بما يدفعه الى المرتهن عن ذمة المستعير الراهن بلا إذنه - وان كانت القاعدة الفقهية « أن من دفع ديناً عن غيره بلا أمره يعتبر متبرعاً عنه لا يرجع بما دفع » - لأن المعير هنا مضطر الى اداء الدين عن الراهن لتخليص عاريته المرهونة .

ومثل ذلك ما صرح به الفقهاء من أنه لو اشترى شخصان شيئاً فغاب احدهما فان للحاضر أن يدفع كل الثمن ويتسلم المبيع ، ولا يكون متبرعاً بما أدى عن ذمة شريكه من الثمن ، لأنه مضطر الى الدفع ليتمكن من قبض المبيع والانتفاع بنصيبه منه ، فيحبس المبيع عن شريكه حتى يدفع اليه نصيبه من الثمن .

= رصيانته .

وعليه فهلاك المرهون في يد المرتهن ولو بلا تعد أو تقصير منه يسقط الدين الا ما زاد منه عن قيمة المرهون . فاذا كان المرهون ليس ملكاً للراهن بل مستعاراً للرهن يكون المستعير المدين قد أثرى بسقوط دينه الذي سقط بتلف مال المعير . اي انه أثرى اثراءاً متولدا مباشرة من تلف مال غيره . فيضمن لذلك الغير مقدار ما سقط عنه من دينه . وان كانت العارية في الاصل امانة غير مضمونة بالهلاك . وهذا الحكم في الرهن المستعار الذي ينص عليه الفقهاء في كتاب الرهن والعارية وذكرته المجلة في المادة /٧٣٢/ منها هو من أوضح النصوص وادلها علي اعتبار فقهائنا ان الاثراء على حساب الغير بلا سبب مشروع يعد من موجبات الالتزام والضمان ، حيث تغير به حكم العارية من أمانة الى ضمانة .

وانظر ما تقدم في الجزء الاول من « **المدخل الفقهي العام** » (ف / ٨٠ / الحاشية ٢) .

(الدرر : ج ٢ ص/١٧٩/ البيوع فصل مسائل شتى) ..

فلو اعتبر الحاضر الدافع متبرعاً لكان الغائب مثرياً على حساب غيره بلا سبب موجب ، وهو ممنوع .

نعم ان الفقه الشرعي يقيد حق رجوع المفتقر على المثري بأن لا يكون المفتقر فضولياً في عمله ، بل يشترط ان يكون :

١) — اما مضطراً الى الاداء عن المثري ، كحاجة صاحب الرهن المستعار الى فكاكه ، وحاجة الشريك الى الانفاق على العقار المشترك غير القابل للقسمة صيانة لماله عند امتناع شريكه عن النفقة الضرورية .

٢) — واما نائباً عن المثري في الاداء او مأموراً من قبله ، كالشخص الذي يكلفه آخر بالانفاق على ماله أو على عياله أو بوفاء دينه .

٣) — واما أن يكون عرف الناس يسوغ له ان ينفق ما انفق عن غيره بلا اذنه في حالات معينة ، فيكون مأذوناً عرفاً [1] .

ففي هذه الاحوال فقط — أي حال الاضطرار او الوكالة والامر — يستطيع المفتقر أن يرجع على المثري ، والا عد في نظر فقهائنا متبرعاً لا رجوع له وان أثرى الآن على حسابه ، كي لا يتدخل بعض الناس في شؤون بعضهم فضولا .

٥) — وأما الايجاب القانوني ، وهو المصدر الخامس الاخير للوجائب والحقوق في نظرية الالتزامات ، فقد بنيت على اساسه في الفقه الاسلامي جميع التكاليف المدنية التي يوجبها الشرع من نفسه بأوامره مباشرة ، كنفقات الأقارب والزوجة ، والعشر والخوارج ، وغير ذلك مما هو كثير .

وهذا كله لا ينافي اختلاف الانظار التشريعية في شروط تلك النظريات ،

---

(١) — كرفيق توفي في الطريق فأنفق رفاقه عليه لتجهيزه ودفنه وجمع أمواله .

وفي التطبيقات العملية لها على انواع المسائل والحوادث . فالعقد الذي يعتبر مستوفي الشرائط في محله أو صحته في الفقه الأجنبي قد يعد ناقصاً في الفقه الاسلامي ، كبيع الخمر والخنزير ، وكعقد الربا.

فالربا يعتبر إثراء بلا سبب مشروع في نظر الشرع الاسلامي، ويعد إثراء بسبب مشروع في نظرية الالتزامات الأجنبية .

واختلاف الحدود التطبيقية للنظريات لاينافي وجود النظرية واعتبارها في أصلها [1] .

---

(١) ـ من أمثلة هذا الاختلاف أيضاً بين الفقه الاسلامي والفقه الأجنبي في حدود بعض النظريات الفرعية المتفق على أصلها ، وفي قيودها الاستثنائية ، حدود تبعة هلاك الاشياء :

فمن المقرر في القانون الفرنسي ـ تبعاً للقانون الروماني ـ « أن الشيء يهلك على مالكه » في الالتزام بتسليم شيء معين بالذات .

ويتفرع عن ذلك أن المبيع اذا هلك في يد بائعه قضاء وقدراً قبل تسليمه الى المشتري يتحمل المشتري تبعة هلاكه ، لأنه بالشراء اصبح هو مالكه ، فهلاكه يكون على حسابه .

أما في الفقه الاسلامي فهذه القاعدة مسلم بها لكن لابصورة مطلقة ، بل مقيدة .

فمالك الشيء يتحمل هو تبعة هلاكه ما لم يكن غير المالك أولى بهذا التحميل لسبب ما. بدليل أن المال المغصوب يتحمل تبعة هلاكه غاصبه لا مالكه ولو كان هلاكه عند الغاصب قضاء وقدراً دون تقصير في حفظه ، بمقتضى قول الرسول عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » (ر : ج ١ ف / ٤٧ طبعة ٥)

وعلى هذا ، فبما أن البائع ملتزم بتسليم المبيع بمقتضى عقد البيع ، يكون=

٦٦ - والواقع أن الفقه الاسلامي أغزر وأخصب جداً من كل فقه قانوني آخر بالنظريات القانونية والأحكام في شتى الشعب الحقوقية .

فقد جاء في أصوله وفروعه بما يسد جميع نواحي نظرية الالتزام العامة الأجنبية ويملأ شعبها ويفيض عنها كثيراً ، بكثرة مافيه من المبادىء الحقوقية المستوعبة التي يتكون منها جسم الكيان الحقوقي المدني الذي تمثله نظريات الالتزام العامة ، وان لم يرتب ترتيبها ولم يبوب تبويبها .

حتى قال العلماء الراسخون : لا يمكن أن تقع حادثة ما لا يكون لها حكم في فقه الشريعة الاسلامية إيجاباً أو سلباً .

وهذه كتب الفتاوى التي تكاد لا تحصى كثرة ، والتي تمثل الناحية التطبيقية من الفقه الاسلامي ، قد تكفلت بالاجابة عن حكم كل ماحدث وسئل عنه .

وقد رأينا أن معنى نظرية الالتزام العامة انما هو القواعد والاسس التي أقرها التشريع في بناء الاحكام الجزئية عليها مرتبة ومصوغة باسلوب فني مخصوص . فقواعد كل تشريع هي نظريته العامة في أحكامه القانونية ، وان اختلف تشريع عن تشريع في بعض الأسس نفسها ، أو حدودها وفروعها أو ترتيبها وصياغتها ، ولا يخرج عن ذلك الا مايكون من تشريع كيفي استبدادي لا يبنى على قاعدة ولا يتبع فيه مبدأ .

فالفقه الاسلامي يقوم على أساس نظرية عامة متماسكة الاجزاء بهذا المعنى ويتجلى في كل مذهب من مذاهبه الانسجام التام في تطبيقات قواعده في شتى المسائل والفصول .

= هو أولى بتحمل تبعة هلاكه عنده الى أن يفرغ ذمته من هذا الالتزام بتسليم المبيع الى مشتريه تسليماً حقيقياً أو اعتبارياً .

٦٧ - ومواطن الاتفاق بين تشريعين ليس معناها دائماً أن المتأخر قد استمد أو اقتبس نظريته من المتقدم ، بل كثيراً مايكون الاتفاق نتيجة توارد النظر التشريعي واتفاقه في تقدير المصالح ، ولا سيا في مبادىء الحق وقواعد العدل العامة التي لامجال لاختلاف التفكير في أساسها ، وان اختلف في المناهج المحققة لها أو في جزئيات الأمور التي تأتي في طريقها ، أو في صياغة تلك الاسس والقواعد .

والشرائع الإلهية كالشرع الاسلامي ، انما جاءت بالاحكام المدنية لتنظيم مُصالح البشر أنفسهم وصيانة حقوقهم بينهم بحسب الحاجة ولم تأت في هـذا بمـا يعتاص على أفهامهم ، ويبتعد عن الصله بمصالحهم وضروراتهم الحيوية التي يفكرون فيها (ر : الموافقات للامام الشاطبي ج ١ ص ٧ و٣٠٥ وما بعدها ، طبعة المطبعة الرحمانية) .

ولذا نجد كثيراً من التوافق بين أحكام الشرع الإلهي وما استقر عليه التفكير السديد بين الناس .

ولا بأس هنا أن نعيـد الى الذاكرة كلمة ابن قيم الجوزية في كتابيه « اعلام الموقعين » و « الطرق الحكمية » اذ يقول :

« إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت بـه الارض والسماوات . فاذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه » .

وقد أقر الإسلام طائفة من الحقوق والقواعد والاحكام التي كانت عليها العرب في جاهليتها وان كان قد أتى فيها بقيود وتنظيم تجلى فيه النظام التشريعي وقضى على اضطراب العمل والتطبيق .

فمن الطبيعي ان نجد كثيراً من التوافق في الفكرة بين القواعدوالأحكام

التي أقرها الاجتهاد الاسلامي في شتى نواحي الحقوق ، وبين مانجد في الشرائع الوضعية لاخرى وقوانينها مما هو ثمرة التفكير السديد ، والتصور الرشيد ، والتمييز الصحيح ؛ كما رأينا في الأمثلة التي أوردناها آنفاً من فقهنا في التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي في الخصائص والأحكام .

وقد قال الاستاذ العلامة السنهوري في هذا الصدد مانصه :

« ولقد لفت نظرنا ان هناك بعض نظريات اساسية نرى فيها الشريعة الاسلامية تختلف اختلافاً واضحاً عن القانون الروماني والقوانين التي اشتقت منه ... ولا تختلف شريعة عن اخرى فيما يتصل بجوهر الفكرة [1] فان هذا الجوهر واحد في كل القوانين وقد يرجع ذلك الى شيء من الوحدة في التفكير البشري ، وشيء من التماثل في النظم والحضارة الانسانية . وانما تختلف الشرائع باختلاف الصياغة الفنية التي تتخصص بها كل شريعة تكون مستقلة في غاتها وتطورها . فتقسيم الحقوق الى عينية وشخصية انما هو ضرب من الصياغة الفنية تستعين به الشرائع على تقرير المبادىء القانونية . وفي هذا يظهر الفرق بين قانون وقانون .» اهـ

(نظرية العقد ص / ٦)

---

(١) ـ هذا غير مسلم به ، فان حق الدائن في قتل المدين المعدم في الشرع الروماني مثلا لايتفق في جوهر الفكرة التشريعية مع ماجاءت بـه الشريعة الاسلامية من وجوب إنظار المعسر الذي أعلنه القرآن العظيم بقوله : **«وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسَرة »** . وكذا مبدأ الشكليات والمراسم في العقود عند الرومانيين بالنسبة الى مبدأ الرضائية المطلقة في عقد العقود في الشريعة الاسلامية الى غير ذلك من الاختلافات الجوهرية التي توجد بين الشرائع .

٦٨ - هذا وإن الاختلاف البين بين فقه الشريعة الاسلامية ونظرية الإلتزامات العامة بشكلها اليوم في التشريع الوضعي الحديث انما هو في الصياغة والشكل ، وفي بعض النظريات الفرعية والأحكام الجزئية أكثر منه في الجوهر والأصل .

فنظرية الالتزامات قد انشىء فيها البحث مبتدئاً من فكرة الحق والالتزام ، الى حصر وترتيب مصادره المولدة له ، وهي تصرفات الإنسان المختلفة من قولية وفعلية وما حولها من أحكام عامة ، ثم الى الاحوال المختلفة التي تعتري تلك الحقوق والإلتزامات وما يترتب عليها .

وتلك الأحكام القانونية مرتب كل منها في نطاق المصدر أو الحالة المتفرع منها . وبذلك تجلت في أسلوب نظرية الالتزام المباحث الكلية أكثر من الجزئية ، وكان في نظرياتها المتفرعة تجرد وعموم نشأ عن طريقة تقرير وترتيب المبادىء العامة والانتقال منها الى فروع الأحكام .

أما تدوين الفقه الاسلامي وترتيبه فقد سار بعكس هذا الاتجاه كما سلفت الاشارة اليه ، اذ عالج رأساً تصرفات الانسان الجزئية المولدة للحقوق والالتزامات ، وبحث مباشرة في فروع تلك التصرفات قولية وفعلية ، من بيع واجارة ورهن وشركة وغصب واتلاف الخ وفصل الأحكام على الحوادث بهذا الاسلوب

والترتيب ، ونثر المبادىء العامة والعلل خلال بحث جزئيات الاحكام [1].

---

(١) – الذي نراه في تعليل اختيار هذا الاسلوب الفرعي في تدوين الفقه الاسلامي : ان الفقه انما بدأ تدوينه بجمع الحوادث التي نقلت فيها أقضية الرسول ﷺ وفتاواه ، ثم ما كان من ذلك عن الصحابة الكرام . وكانت طريقة رجال الحديث في هذا الجمع أن يعقدوا أبواباً للتصرفات والافعال كالبيع والهبة والاجارة والشركة والغصب والإكراه الخ ... فيضعوا كل حادثة منقولة في بابها الخاص .

ثم ابتدأ تدوين الاجتهادات عن طريق الفتيا ، اي تسجيل رأي المجتهد فيما يسأل عنه .

ولما جاءت الطبقات التي دونت الفقه على اساس علمي مستقل وجدت هذا الاسلوب الفرعي أمراً واقعاً فجرت عليه .

الباب الثاني

في الاموال

الفصل الأول

حقيقة المال

بالنظرين الفقهي والقانوني

الفرع الأول

أ) ـ المال بالنظر الفقهي

تعريف المال ونقده ـ عناصر المالية ـ التعريف الصحيح ـ نتيجة اعتبار المالية.

٦٩ _ تعريف المال :

عرف فقهاؤنا المال بأنه :

« مايميل اليه طبـع الانسان ، ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة »

(رد المحتار أوائل البيوع)

ومنهم من عرفه بأنه :

« ما يميل اليه الطبـع ، ويجري فيه البذل والمنع » (الدر المختار ، والدرر شرح الغرر أوائل البيـع الفاسد) .

وقد جرت المجلة في المادة / ١٢٦ / على التعريف الاول .

والتقييد بامكان الادخار هو لإخراج المنفعة لأنها عند فقهاء الحنفية من قبيل الملك لا المال كما سيأتي :

وقد فرقوا بين المال والملك ، اي الشيء المملوك ، تفريقاً يستند الى :

- ان الملك هو مامن شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص فيشمل المنفعة
- والمال هو مامن شأنه ان يدخر للانتفاع وقت الحاجة .

(التلويح بحث القضاء والاداء) .

٧٠ _ نقد هذه التعاريف :

وفي رأينا ان كلا التعريفين للمال غير قويم لأسباب نذكر منها مايلي :

١) _ ان طباع الناس تختلف في ميلها وتتناقض ، فلا تصلح ان تكون اساساً ومقياساً لتمييز المال من غير المال . واذا قيل ان المراد هو الطبـع السليم العام ، فان هذا ليس له حد ايضاً .

١) _ ان من المال انواعـاً لايمكن ادخارها كالخضروات والثمار الطازجة ، مع انها اموال هامة بين الناس ، كما ان من الاموال ما ليس يميل اليه الطبـع بل يعافه كالأدوية الكريهة ، وهي اموال ثمينة لايشملها التعريف ،

إلا أن يراد بالميل ميل الإرادة لا الطبع حتى يشمل الحرص والتقدير لفائدة ما .

وعلى كل نرى ان لفظ « الميل » انما يصلح ان يذكر في مقام بيان الإشتقاق اللغوي للفظ المال لا لبيان مفهوم فقهي مضبوط .

٣) – ان المباحات الطبيعية جميعاً قبل احرازها قد عدوها اموالاً في ذاتها كالسمك في الماء ، والطير في الهواء ، والوحش في البراري ، والشجر في الغابات الخ ... وعدم ملكيتها لاينافي ماليتها .

ومن هذه المباحات مالايمكن ادخاره الى وقت الحاجة لعدم القدرة عليه قبل الإحراز ، كالصيد بأنواعه ، ولا يجري فيه ايضاً البذل والمنع لأنهما انما يكونان بعد الإحراز والملك .

٤) – ان الثمار المأكولة في بدء انعقادها على الشجر قبل صلوحها ونضجها لايميل الطبع اليها وهي في هذا الطور ، ولايمكن ادخارها الى وقت الحاجة لانها لايحتاج اليها بهذه الصفة ، ولو قطعت وادخرت كانت عديمة الفائدة فلا يشملها التعريف المذكور مع انها اموال يتغالى بقيمتها في هذه الحال باعتبار المآل ويصح بيعها (م/٢٠٦) .

فهذه التعاريف غامضة غير واضحة ، ولا جامعة .

٧١ – والتعريف الصحيح يمكن أن يستنبط من مجموع ما ذكره الفقهاء عن المال وخصائصه في مختلف المناسبات . فقد قالوا :

١) – ان المال اسم لغير الآدمي ، مما خلق لمصالح الآدمي وامكن احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار (البحر الرائق عن الحاوي القدسي) .

٢) – ان المالية تثبت بتمول الناس كافة او بعضهم (رد المحتار في اوائل البيوع) .

٣) ـ ما ليس يعد مالاً بين الناس فبيعه باطل (المجلة / ٢١٠)

٤) ـ ان المال، كما صرح به أهل الأصول، « هو مايتمول ، أي يدخر للحاجة . وهو خاص بالاعيان ، فخرج به تمليك المنافع »[1] (رد المحتار في أول كتاب الزكاة عند تعريفها) .

٥) ـ ان مالا يتموله الناس لايكون مالاً وان كان مباحاً ، كالحبة الواحدة من القمح (رد المحتار أيضاً) .

٦) ـ ان المال يجب أن يكون ذا وجود خارجي ، فلا يشمل المنافع لعدم امكان ذلك فيها (رد المحتار مع بعض ايضاح ، أول البيع الفاسد) .

فمن هذه النصوص الفقهية يتبين أن فقهاء المذهب الحنفي يوجبون في المال أن يكون شيئاً مادياً .

فكما يخرجون المنافع من معنى المالية ، يخرجون أيضاً الحقوق المحضة كحق التعلي ، وحق الاخذ بالشفعة ، وحق المرور ، والشرب ، والمسيل .

---

(١) ـ على ان الفقهاء قد يفسرون المال بما يشمل المنفعة في بعض المواطن، فقد جاء في بيان شرائط الموصى به من « البدائع » ج ٧ ص / ٣٥٢ / مانصه :

« منها ان يكون مالاً ... وان يكون مالاً متقوماً ... سواء أكان المال عيناً او منفعة عند العلماء كافة » .

وقال أيضاً في أول فصل بيان حكم الوصية ص/٣٨٥/ مانصه :

« اما الوصية بالمال فحكمها ثبوت الملك في المال الموصى به للموصي له والمال قد يكون عيناً وقد يكون منفعة » .

ومرجع هذا في الحقيقة الى ماصرح في البدائع في بحث الموصى به : « ان الوصية ايجاب الملك ، ومحل الملك هو المال » فيطلقون المال في الوصية على مايشمل المنافع »

حتى إنهم لايعتبرون الديون في الذمم أموالاً لأنها مـادامت في الذمم فهي **أوصاف** شاغلة لها ، ولا يتصور قبضها حقيقة وإنمـا يقبض مايعادلها . فاذا وفيت الديون كان المقبوض مالاً لصاحبه ، ولذا لايوجبون الزكاة في الديون قبل قبضها .

واذا حلف انسان أنه لامـال له ، ولم يكن له الا ديون ، لايعتبر حانثاً في يمينه سواء أكان مدينه مفلساً أو غنياً مليئاً (ر : الدر المختـار كتاب الأيمان ٣ / ١٣٨) .

٧٢ - عناصر المالية :

يستخلص مما تقدم ان المالية في نظر الفقهاء ترتكز على أساسين ، وتقوم بعنصرين هامين هما : **العينية** ، **والعرف** .

ـ والعينية يراد بها أن يكون المال شيئاً ماديا ذا وجود خارجي .

ـ والعرف أن يعتاد الناس كلهم أو بعضهم تموله وصيانته بحيث يجري فيه بذل ومنع ؛ فما لايجري فيه ذلك بين الناس لايعتبر مالاً ولو كان عيناً مادية ، كالانسان الحر ، وحبة القمح ، وكسرة الخبز ، وحفنة التراب ، والجيفة .

وكذلك مايعتادالناس تمولهوصيانته ،ويجري فيه البذل والمنع لكنه ليس عيناً مادية ، فانه لايعتبر في نظرهم مالاً ، بل قـد يكون ملكاً أو حقاً ، كالمنافع ، والحقوق المحضة ، والديون .

وغني عن البيان أن عنصر العـرف يستلزم القيمة ، إذ لا يعتاد الناس هذا الاعتبار والصيانة في شيء بحيث يحمى تارة ويبذل أخرى إلا لمنفعة [1]

---

(١) في فصل المعقود عليه من كتـاب البيوع من البـدائع (١٤٣/٥) في صدد مناقشة الاجتهاد الشافعي بعدم تجويزه بيع سباع الحيوان كالكلب والفهد والاسد ، ما نصه : =

مادية أو معنوية يقدرونها فيه ، فتتوجه اليه الرغبات . وان الرغبـات يبذل في سبيل تحقيقها وتحصيلها أعواض مادية ، وهذه هي القيمة المادية بالمعنى الاقتصادي العام .

٧٣ ـ التعريف الصحيح للمال :

فمما تقدم نستطيع أن نعرف المال في نظر فقهاء المذهب الحنفـــي[١] بالتعريف التالي :

المال هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس

– فبالعين خرجت المنافع والحقوق المحضة ، مما عدوه ملكاً لا مالا .

– وبالقيمة المادية خرجت الأعيان التي لا قيمة لها بين الناس مما تقدم بيانه كحبة القمح ، والجيفة الخ . .

على أن حبة القمح او الرز وأمثالها انما تعتبر مالا في حالتها الطبيعية ، أما اذا دخلتها صنعة مثلاً ، كما يكتبه مهرة الخطاطين على حبة او زر من أبيات شعر

= **« ولنا ـ اي دليلنا ـ ان الكلب مال فكان محلا للبيع كالصقر والبازي . والدليل على أنه مال انه منتفع به حقيقة ، مباح الانتفاع به شرعاً ـ بالحراسة والاصطياد ـ على الاطلاق ، فكان مالا » الخ .**

فقد اعتبر كونه ذا منفعة حقيقية ومشروعة دليل المالية .

ولكن سنرى أن مشروعية الانتفاع ليست شرطاً لتحقيق أصل المالية ، بل هي شرط لكون المال متقوماً ، وهذا التقوم من شرائط انعقاد البيع .

(١) اما عند غير الحنفية كالشافعية مثلاً فان المالية أوسع نطاقاً ، اذ أنها تشمل المنافع ، كما سنرى في الفرع السادس المخصص لبحث العين والمنفعة من الفصل التالي (ف/١٣١) .

أو حكم قرآنية تجعل لها قيمة فنية أو دينية ، فانها عندئذ قد تصبح من انفس الاموال ، وكمثل بعض الآثار التي قد يحرص الناس على اقتنائها للذكرى مما ليس له قيمة في ذاته ، ولكنه اصبح ذا قيمة بنسبته ، كفضلة قلم احد العلماء المشاهير ، أو توقيعه ، او مسودة بخط احد العظماء ، ونحو ذلك مما يدخل في زمرة الآثار .

وقد أطلنا بعض الشيء في تحقيق هذا الموضوع لأنه يكاد يكون مهملاً في كتب الفقه ، والمذكور فيها وفي المجلة عن مفهوم المـــال مقتضب مشتت وغير محكم .

٧٤ – النتيجة العملية لاعتبار المالية وعدمها :

ولتمييز المال عن غير المال نتائج عملية ذات بال في احكام الفقه المدنية .

أ) – فما ليس مالا ولا ملكاً ، كالهواء والجيفـــة والانسان الحر ، لا تعتبر فيه ملكية ولا تنعقد عليه العقود أصلا من معاوضة أو تمليك ، كالبيع والاجارة والهبة (المجلة/ ٢١٠) .

ب) – واما مالا يعتبر ملكاً ، كالمنافع والحقوق، فان النظرية الفقهية فيه تختلف في كل موضوع عن الآخر بحسب ما يلحظ من القابليات فيه :

فالمنافع مطلقاً ، سواء أكانت منافع انسان او حيوان أو اشياء ، تقبل عقود تمليك المنافع بعوض أو بغير عوض ، كالاجارة والاعارة والوصية بالمنفعة

وأما الحقوق المحضة ، كحق المدعي في تحليف خصمه اليمين فانها لا تكون محلا صالحاً للتعاقد بها او عليها في العقود التي يجب ان يكون محلها مالا ، او منفعة كالبيع والقسمة والاجارة مثلا ، لأن البيع موضوعه مبادلة مال بمال ، والقسمة موضوعها افراز الحصص الشائعة ومبادلة بعضها ببعض . فعقد البيع يجب ان يكون محله مالا ، وليس حقاً مجرداً . وكذا القسمة والاجارة يجب

ان يكون محلها مالا أو منفعة .

وهذه الحقوق المجردة يجوز ان يقع عليها عقد الصلح اذا كانت هي محل النزاع المصالح عنه ، ولا يجوز ان تكون هي بدل الصلح لان البدل الذي يدفع في عقد الصلح لحسم النزاع يجب ان يكون مالا . اما الحق المصالح عنه فلا يجب ان يكون مالا ، لان كل ما يمكن فيه النزاع والخصومة يمكن ان يكون محلا صالحاً عنه ، اذ الغاية التي شرع طريق الصلح العقدي لاجلها انما هي حسم النزاع ، وهذه الحقوق المجردة يجري فيها النزاع .

لذلك جاز الصلح عن طلب اليمين على بدل مالي يدفعه المدعى عليه الى المدعي لقاء الخلاص من الحلف (م/١٥٥٥) .

على انهم قد استثنوا بعض حقوق اعتبروها غير قابلة للاعتياض عنها ، كحق الشفعة وحق المكفول له في الكفالة بالنفس لا بالمال ، فلا يصح الصلح عنها على بدل ؛ ولو صولح عنها سقط الحق ولم يستحق البدل (ر : الدر المختار ايضاً) فقد لحظوا ان الشفعة نوع سلطة شرعت لتنظيم الملكية العقارية ودفع سوء الجوار ؛ وهذا لا يحصل الا باستعمال الحق نفسه ، ولم تشرع للاسترباح والاستغلال . فليس لصاحب الحق الا استعماله أو تركه .

على أن حق طلب اليمين يقبل الاعتياض ، كما تقدم ، ولو كان في دعوى شفعة (المجلة/١٥٥٥) .

الفرع الثاني

(ب) ـ المال بالنظر القانوني

٧٥ – ان النظرة القانونية الحديثة الى المال ومفهومه تختلف عن نظرة المجلة من زاوية المذهب الحنفي التي اوضحناها آنفاً .

فالقانون يتجه الى اعتبار كل ما يتعارف الناس تداوله والاعتياض عنه داخلا في معنى المال ، وتنعقد عليه العقود المختلفة .

هذا ماوردت عليه المادة /٦٤/ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية السابق لدينا ، فقد قالت الفقرة الثانية من نصها المعدل :

« ان كل ماكان مالا متقوماً يجوز ان يكون معقوداً عليه ، فالاعيان والمنافع والحقوق بما كان تداوله متعارفاً على الاطلاق هي في حكم المال المتقوم » .

وهذا هو ايضاً مقتضى نصوص القانون المدني الجديد ، فان نظرته في المالية والتقوم تتفق مع مدلول المادة /٦٤/ التي كانت هي النافذة لدينا في سورية.

وهذا النظر القانوني قد اتفق مع المذهب الحنفي من الفقه الاسلامي في عنصر العرف من عنصري المال ، واختلف معه في عنصر العينية فلم يشترطه .

وعليه قد اصبح مما يدخل في زمرة الاموال جميع الحقوق المجردة ، كحق الامتياز ، وحق استعمال عناوين المحلات التجارية ، وحقوق الابتكار (الملكية الصناعية والادبية للمخترعين والمؤلفين) فكل ذلك ونحوه أصبح بالقانون في حكم الاموال يقبل عقود المعارضات بيعاً وشراء وغيرهما . والداعي الى ذلك تطور الحاجة الزمنية والاساليب الاقتصادية .

٧٦ - وقد جاء في القانون المدني العراقي تعريف المال بانه : « **المال هو كل حق له قيمة مادية** » .

وهذا التعريف قد قلب الموضوع رأساً على عقب، فجعل عاليه سافله ، فانه قد قصر مفهوم المال على الحقوق . فأخرج بذلك الاعيان من حيز الاموال نظراً الى ان الاعيان انما ماليتها باعتبار ما فيها من حقوق لاصحابها فتدخل في زمرة الحقوق .

ولكن هذا تكلف ، فان الاعيان اموال في ذاتها وان لم تقع تحت الملكيات الفردية والحقوق الخاصة ، فيرد على هذا التأويل الاعيان التي هي من المباحات غير المحرزة ، كصيد البر والبحر والجو ، وكالشجر والحطب والعشب المباح الخ . . . فانها أعيان مالية لم تدخل في ملك شخص ولم تقع تحت حق أحد فتبقى خارجة عن معنى المال بمقتضى نص القانون المدني العراقي ، بينما يشملها صنيع المادة/٦٤/ من قانون الاصول الحقوقية السابق لدينا فهي أحكم دلالة وشمولا .

وقد كان المناسب في مشروع القانون العراقي أن يقال في تعريف المال : « **هو كل عين أو حق ذي قيمه ماديه** » فتجتمع فيه عندئذ مزية حسن الدلالة والشمول الى جانب الاختصار .

الفصل الثاني

تقسيم المال ونتائجه الفقهية

٧٧ – المال بمعناه الذي رأيناه ينقسم في نظر الفقه الاسلامي باعتبارات مختلفة ، الى أقسام عديدة يفترق بعضها عن بعض في أوصافها وطبيعتها ، وقابليتها ، وتختلف تبعاً لذلك الاحكام المدنية التي تتعلق بها .

والنظر الفقهي في تقسيم المال بهذا الاعتبار ينتهي بالباحث الى عشرة أقسام أساسية :

الأول – المال المتقوم وغير المتقوم .

الثاني – المال المثلي والقيمي .

الثالث – المال الاستهلاكي والاستعمالي .

الرابع – المال المنقول وغير المنقول .

الخامس – العين والدين .

السادس – العين والمنفعة .

السابع – المال المملوك ، والمباح ، والمحجور ،

الثامن – المال القابل للقسمة وغير القابل .

التاسع – الاصول والثمرات .

العاشر ـ المال الخاص والعام .

وسنتولى في الفروع التالية بيان كل قسم ، وخصائصه ومايترتب عليها من أحكام .

الفرع الاول

في المال المتقوم وغير المتقوم

معنى التقوم وعدمه شرعاً ، ونتائجه

ـ معناه قانوناً .

٨٧ ـ ينقسم المال أولاً في الفقه الاسلامي الى قسمين : **مال متقوم ، ومال غير متقوم .**

والمتقوم في هذا المقام ليس معناه ماله قيمة بين الناس ، بل معناه في اصطلاح الفقهاء : **مايباح الانتفاع به شرعاً . وغير المتقوم مالا يباح الانتفاع** به شرعاً (المجلة / ١٢٧ والدرر ،والدر المختار في البيع الفاسد) كالخمر والخنزير وكالحيوان المأكول اذا خنق خنقاً أو وقذ وقذاً[١] دون أن يذبح بالطريقة المشروعة ، فكل ذلك مال غير متقوم بالنسبة الى المسلم ، بحيث لوكان مالكه مسلماً فأتلفه أحد لايكون مضموناً على متلفه .

وعدم التقوم لاينافي الملكية فقد تثبت الملكية للمسلم على مال غير متقوم

---

(١) ـ الوقذ ضرب الحيوان بشيء ثقيل على رأسه حتى يسترخي ويموت (المصباح) .

كما لو تخمر العصير عنده ، أو أسلم وعنده خمر أو خنزير ، أو ورثها منه وارثه ، أو اصطاد الخنزير . ذلك لأن الملكية تثبت على المال ، والمالية ثابتة في غير المتقوم .

ولكن عدم التقوم ينافي ورود العقود من المسلم على المالية غير المتقوم . فسبيل الخمر مثلا اذا ملكها المسلم أن يريقها أو يخللها ، وسبيل الخنزير أن يسيبه (ر : رد المحتار في البيع الفاسد ٤ / ١٢٠ ، والدرر أول البيع الفاسد ٢ / ١٧٤) .

هذا ولا تلازم بين التقوم بهذا المعنى وبين المالية ، فقد يكون الشيء متقوما أي مباح الانتفاع ، ولا يكون مالا لفقدان أحد عناصر المالية المتقدمة وذلك كالحبة من القمح ، والكسرة الصغيرة من فتات الخبز ، والتراب المبتذل (ر : الدرر أول البيع الفاسد) .

وقد يراد أحياناً بالمتقوم معنى المال المحرز : فالسمك في البحر مثلاً غير متقوم بهذا المعنى ، فاذا اصطيد صار متقوماً بالاحراز (المجلة / ١٢٧) .

وقد يستعملون « المتقوم » بمعنى « ذي القيمه » نظير الاصطلاح القانوني تماماً كقولهم : « ان المنافع ليست متقومة في ذاتها عندنا ، وانما تقوم بعقد الاجارة للحاجة (: « الهداية » فصل من غصب عيناً فغيبها) .

وأما « المقوم » (بصيغة المفعول من « التقويم ») فمعناه ذي القيمة قولاً واحداً . ففرق في الاستعمال بين تقوم المال وتقويمه .

والأصل في الأموال جميعاً أن تكون متقومة ، أي مباحة الانتفاع ومحلا صالحاً للعقود . فقد قرر علماء الشريعة قاعدة « ان الاصل في الاشياء الاباحة » ، وانما التحريم حالة استثنائية تتوقف على ورود النص .

وأساس ذلك قوله تعالى : « خلق لكم ما في الارض جميعاً » فأصبحت

الحرمة استثنائية محتاجة الى نص او دليل خاص .

وقد وردت نصوص متتالية في الكتاب والسنة ببيان المحرمات من الاشياء كقوله تعالى :

« قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون مَيْتةً أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فانه رجس ، أوفسقاً أُهلَّ لغير الله به » .

وقوله : « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أُهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السَّبُع إلا ماذكَّيتم وما ذبح على النُّصُب وأن تستقسموا بالازلام » .

٧٩ ـ ثمرة اعتبار التقوم وعدمه :

اتضح من خلال البحث أن لاعتبار التقوم وعدمه في المال نتائج هامة في العقود وغيرها :

أ) ـ ففي جميع العقود التي ترد على المال ، كالبيع والهبة والاجارة والاعارة والرهن والوصية والشركة الخ .. يشترط لانعقاد العقد أن يكون المال متقوماً ، فان لم يكن متقوماً بطل العقد .

على أنهم في البيع قد فرقوا بين كون المال غير المتقوم مبيعاً أو ثمنا :

١) ـ فاذا كان مبيعا ، كما لو باع المسلم خمراً ، فالبيع باطل .

٢) ـ واذا وقع ثمنا ، كما لو باع شيئا بمقدار من الخمر ، فالبيع منعقد لكنه فاسد .

والعلة في ذلك عندهم هي ان المقصود بالذات في عقد البيع هو المبيع ،

فتقومه شريطة انعقاد . أما الثمن فهو وسيلة لايقصد لذاته ، فتقومه شريطة صحة لا انعقاد (ر : رد المحتار ، البيع الفاسد) .

ب) – وفي الاتلاف اذا اتلف الانسان مالاً غير متقوم كالخمر والخنزير لمالكه المسلم لايضمنه ، لأنه لايباح الانتفاع به شرعا فلا قيمة له .

أما بالنسبة الى غير المسلم من الذميين الذين يدينون باباحته فهو من اموالهم المحترمة في نظر الشرع . فلو أتلف المسلم أو غيره خمر النصراني أو خنزيره أو غنمته الموقوذة أو المنخنقة كان ضامناً .

وكذلك تنعقد عليه عقودهم وتصح دون عقود المسلم .

٨٠ – التقوم بالنظر القانوني :

رأينا في الفقرة /٧٥/ ان المادة /٦٤/ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية السابق لدينا ، ثم نصوص القانون المدني بعدها قد اعتبرت ان كل مال «متقوم» هو قابل لأن يكون معقوداً عليه ، وان كل ما كان تداوله متعارفاً من أعيان أو حقوق هو في حكم المال « المتقوم » .

فما المراد بالمتقوم في هذه المادة ؟

لاشك أنه ليس المراد بها منه المعنى الشرعي وهو مالايباح الانتفاع به شرعاً ، وانما المراد بالمتقوم فيها : **ماكان ذا قيمة بين الناس** . لأن هذه المادة قد جاءت لتوسع في معنى المال وشموله ، وتجعل مفهومه مدنياً بحتاً لا علاقة فيه للحل والحرمة .

فالخمر والخنزير بمقتضى هذه المادة قد اعتبرا اموالاً متقومة تصح العقود عليها بين المسلمين وغير المسلمين .

وقد أطلقت هذه المادة الأعيان واعتبرتها بمجرد التعارف على تداولها مالاً متقوماً ، فشملت الأعيان المحرمة والمحللة شرعا .

ولا يعقل ان يكون واضعوها قد أرادوا اعتبار التداول من اسباب حق الانتفاع شرعا ، اذ ليس غرضهم التحليل والتحريم ، وليس لفكرة الحلال والحرام موضع ولا متسع في القانون الوضعي ، وإنما امتازبهذه الفكرة الدينية الفقه الاسلامي الذي جعل منها رقيباً روحياً مهيمناً يرافق الأحكام المدنية ، ويمنع بقدر الامكان طغيان الظاهر على الواقع ، فأسس حكم الديانة وحكم القضاء كما اوضحناه في مقدمة الجزء الاول .

فواضعو المادة / ٦٤/ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية انما أرادوا اعتبار التداول من اسباب انعقاد العقد وصحته مدنياً .

فالتقوم في كلامهم انما هو التقوم بالمعنى المدني ، وهو كون الشيء ذا قيمة ، وليس بالمعنى الشرعي .

٨١ - عدم التقوم قانوناً :

وهنا محل للتساؤل : هل فكرة عدم التقوم معدومة في القانون ، او هي موجودة فيه ايضاً ولكنها فيه تقع على نوع آخر من الاموال ؟

لاشك ان فكرة عدم التقوم موجودة في القانون ايضاً وان لم تسم هذه التسمية ، ولا يعقل ان يخلو عنها التشريع الوضعي مادام يمنع تداول بعض الاشياء الضارة ويهدر احترامها ، وهو المعنى الذي تستند اليه فكرة عدم التقوم شرعاً ، وان اختلف النظر القانوني عن الشرعي في نوعية المال غير المتقوم لا في أصل الفكرة .

فغير المتقوم في نظر القانون هو المال الذي يمنع القانون اقتناءه وتداوله كالحشيش والافيون وغيرهما من المخدرات الممنوعة ، وكالمواد الحربية المتفجرة فان كل ذلك ممنوع على العامة الا في حالات استثنائية لأغراض مشروعة كالتطبيب ، ولاناس مخصوصين .

يقول الاستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة :

« وتقسيم المال في الشريعة الى متقوم وغير متقوم له نظير في القانون ، لأن من الاموال مايحرم قانون العقوبات اقتناءها واحرازها ، ويعد احرازها جريمة الا في احوال استثنائية ، وهي المواد المحرم تناولها،وكل من استولى عليها في غير أحوالهـــا الاستثنائية بأي طريق من طرق الاستيلاء لاتحترم يده ، ومن أتلفها في هذه الحال لاعقوبة عليه ، فهي مهدرة المالية لمن وضع يده عليها بغير مسوغ من القانون .

فهذا النوع من الاموال نعتبره نظير المال غير المتقوم في الشريعة مقارباً له في المعنى ، لان قانون العقوبات لم يحترم ملكيتها في هذه الحال ، فكأنه سلبها قيمتها من محرزها .

ولا يكتفي القانون في سبيل التحريم باهدار ماليتها ممن ملكها ، بل يجعلها سبباً في العقاب الاليم ينزل بـه ، والغرم المالي يبهظه .

ومهما يكن من فوارق في الاعتبار بين نظر الشريعة للاموال المحرمة فيها ونظر القانون لها فلا شك انه يسوغ لنا أن نصف المواد المحرمة بأنها مال غير متقوم في يد من يستولي عليها من غير مسوغ قانوني للاستيلاء » اهـ .

(نظرية الملكية والعقد في الشريعة الاسلامية للاستاذ المشار اليه ، ف/٤) .

في المال المثلي والقيمي

النظرية الفقهية في قيمية الاموال ومثليتها ـ حصر الاموال المثلية ـ انقلاب المثلي الى قيمي وبالعكس ـ نتائج التمييز بين القيمي والمثلي ـ مزايا النقدين ـ نظرية عدم تعيين النقود في العقود .

٨٢ ـ وينقسم المال من جهة ثانية عند الفقهاء الى قسمين أساسيين ، وهما : المال المثلي ، والمال القيمي .

أ) ـ **فالمثلي** : هو ما تماثلت آحاده او أجزاؤه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به .

ب) ـ **والقيمي** ما تفاوتت افراده فلا يقوم بعضه مقام بعض بلا فرق .

وقد عرفت المجلة المثلي بأنه « ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت .

والقيمي ما لا يوجد له مثل في السوق ، او يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة » (م ١٤٥و١٤٦) .

وقد عددت المادة / ١١١٩ / منها انواع الاموال المثلية ، فحصرتها في اربعة انواع : المكيلات ، والموزونات ، والعدديات المتقاربة ، وبعض أنواع الذرعيات ، وميزت بعض التمييز بينها وبين الاموال القيمية .

٨٣ – ايضاح النظرية الفقهية في قيمية الاموال ومثليتها

– والمال تارة يكون النوع او الصنف منه تتفاوت آحاده بحيث يكون لكل فرد منها اعتبار خاص وقيمة له تختلف عما للفرد الآخر ، وذلك كأفراد الحيوان ولو من نوع واحد ، وكالطنافس ، والاراضي ، والشجر ، والدور ، والحوانيت الخ ...

– وتارة لا تتفاوت آحاده ولا اجزاؤه ، بحيث ان كل كمية منه اذا ساوت سواها قدراً في الصنف الواحد المتميز المعين تساوتا ايضاً قيمة ، بحيث لا يكون هناك بين الكميات من فرق في القيمة يعتد به عادة إلا من حيث تفاوت مقاديرها . وذلك كالسمن والزيت والقمح والشعير والملح والتمر والزبيب والجوز واللوز والحطب والدراهم والدنانير والمعادن بجميع انواعها والفواكه والورق، ونحو ذلك اذا كان كل هذا من صنف واحد وصفة متماثلة .

فان كل واحد من هذه الاصناف وأشباهها يعد بين الناس بعض أجزائه مساوياً في القيمة للبعض الآخر اذا تعادلت الكميتان ، ويقوم بعضه مقام بعض في التداول والوفاء .

بخلاف القسم الاول ، فان القطعة من الارض لا تتساوى حتماً مع القطعة المجاورة لها وان كانت مساحتاهما متساويتين .

وكذا الرأس الواحد من الغنم او البقر او الخيل لا يتساوى مع الآخر في القيمة لما بينها من تفاوت في وجوه واوصاف شتى .

وهكذا الدور والحوانيت والطنافس والمصوغات من الحلي والجواهر

والمفروشات الاثاثية التي يسمونها اليوم (الموبيليا) ، فكل فرد منها له قيمة خاصة بحسب مادته او صفته او طبيعته او صنعته او حجمه او سعته الخ ... او بحسب مجموع مافيه من مميزات تختلف عما في سواه .

أ) - فالقسم الاول الذي تتفاوت آحاده وأجزاؤه يسمى « قيميا » (بكسر القاف وسكون الياء) نسبة الى القيمة التي يتفاوت بها كل فرد عن سواه .

ب) - والقسم الثاني الذي تتماثل آحاده وأجزاؤه يسمى « مثلياً » نسبة الى المثل ، لان كل نوع منه بعضه مثل بعض .

وعلاوة على هذا الاعتبار الذاتي في المال المثلي يشترط شرط آخر خارجي فيه هو أن يكون المثلي موجوداً بالفعل امثال له تحت التداول في الاسواق .

فلو كان او اصبح نادراً او مفقوداً اعتبر قيمياً ولو كانت آحاده لاتتفاوت كبعض النقود المسكوكة او المصنوعات القديمة .

وإلى هذا يشير تعريف المجلة الآنف الذكر ، فان هذه الاموال بانقطاع امثالها لم يبق من الممكن ان يحل بعض افرادها محل بعض بلاتفاوت ، وأصبح لها اعتبار خاص في قيمتها ينقلها الى زمرة القيميات .

٨٤ - انقلاب المال المثلي الى قيمي ، وبالعكس :

ينتج مما تقدم أن المال المثلي قد يصبح قيمياً ، والقيمي قد يصبح مثليا .

أ) - فان وجود المال المتماثل بكثرة في الأسواق أمر غير ثابت فيتبدل الحال في المال المثلي من وجود الى انقطاع ، ومن انقطاع الى وجود ينقلب اعتباره من مثلي الى قيمي ، وبالعكس .

وقد تعرض عوارض أخرى غير الانقطاع من الأسواق تنقل المال من

المثلية الى القيمية [1] . فمن ذلك الحالات الآتية :

١) ـ اذا اختلط مالان مثليان من جنسين مختلفين بصورة لا تقبل التمييز كان الحاصل المختلط قيمياً .

وذلك لانه لم يبق له مماثل في حاله الحاضرة، اذ يختلف محصول كل مختلطين باختلاف نسبة الاجزاء فيكون له تقويم خاص : (ر : م/١١١٩) .

٢) - كل مـــال مثلي احاط به خطر وأشفى على التلف يصبح أثناء خطوه قيمياً .

وذلك كالاموال التي أحاط بها الحريق، أو المشحونة في سفينة جنحت الى الغرق ، ونحو ذلك (الدر المختار أوائل الغصب) .

وهذا لان هذه الاموال في هذه الحال لم تبق مماثلة لامثالها السليمة من الاخطار ، بل أصبحت لها قيمة خاصة يؤخذ فيها أمر الخطر بعين الاعتبار. فهي مثلاً انما تشترى وهي في هذه الحال بما يتناسب مع درجة الامل بنجاحها [2] .

---

(١)- في كتاب الغصب من رد المختار ج ٥ ، ص/١٢٧/ طبعة الميمنية : « ان المثلي يخرج عن المثلية لمعنى خارج » .

(١) ـ فائدة اعتبار انتقال المال من صفة المثلية الى القيمية في هذه الحال من الخطر تظهر مما سيأتي في الفقرتين /٨٨ و٩١/ ، اذ نرى فيها ان المال المثلي يضمن بمثله ، والقيمي بقيمته .

فلو ألقى الملاح في البحر بعض ما في هـذه السفينة الموقورة بدون إذن صاحبه لأجل تخليصها لا يكون ملتزماً بضمان مثل ما ألقى لصاحب المال ، ولو كان المال الملقى مثلياً في الاصل ، وانما يضمن له قيمته التي تقدر له بصفة أنـه مـال مشرف على الغرق (ر : الدر المختار ورد المحتار أوائل كتاب الغصب ، وأواخر كتاب القسمة)

٣ – كل مال مثلي تعيب او استعمل فاصبح بحالة تجعل له قيمة خاصة تختلف عن قيمة أمثاله قبل التعيب او الاستعمال يصير قيمياً .

وعن هذا كانت الكتب المطبوعة مثلية وهي جديدة ، فاذا استعملت اصبحت قيمية كما سنرى .

هـــذا ، واذا لوحظ أيضاً أمر الكثرة والندرة في المال يتصور أيضاً ، بالعكس ، انقلاب المال من صفته القيمية الى المثلية كما سلف بيانه (في الفقرة السابقة) ، وذلك كالاموال المتماثلة في ذاتها النادرة الوجود ، اذ تعتبر قيمية فاذا كثرت أصبحت مثلية .

٨٥ – حصر الاموال المثلية ومستنده :

ان القيمي لايمكن حصره في انواع كلية لان أنواعه لاتجمعها جامعة ، فلذا اكتفى الفقهاء في تمييزه بتعريفه الوارد في المادة / ١٤٦ / من المجلة المتقدمة الذكر .

أما المثلي فانه جميعاً من الاموال التي أساس تفاوت القيم بين افراد الصنف الواحد منها ، أو اجزاء الفرد الواحد انما هو في الكميات والمقادير . فكلها اذن مما يخضع للمقياس في كميته لتقدير قيمته .

فالكمية في كل شيء إما أن تقاس وتقدر بالثقل وزناً ، وإما بالحجم كيلاً ، وإما بالآحاد عدداً ، وإما بطول المساحة ذرعاً ، أو متراً[1] أو سواهما من المقاييس الطولية ، وهذه هي المقاييس الممكنة والمعتادة .

---

(١) – نرى لزوم تعريب كلمة « المتر » (بكسر الميم) ، المقياس المعلوم ، للحاجة اليها .

وقد اشتققنا منها هنا « المتر » بالفتح مصدراً ، بمعنى القياس بالمتر .

والفعل منه : « مترَيَمتر » كما يقال ذرع يذرع ، للقياس بالذراع .

وعن هذا كانت الاموال المثلية تنحصر في اربعة أنواع : **الموزونات** ، **والمكيلات** ، **والذرعيات** ، **والعدديات المتقاربة** .

٨٦ - (أ) فأما الوزنيات والكيليات من نوع واحد فهي مثلية على اطلاقها .

(ب) - وأما الذرعيات فانها لاتكون مثلية الا اذا كانت اجزاؤها متساوية دون فرق يعتد بـه كالمنسوجات المحكمة الصنعة مثل الجوخ وسائر المنتوجات القطنية والحريرية وغيرها اليوم، فكل ذراع أو متر منها يساوي أخاه ، وكذا الواح البلور من كل صنف ، والاخشاب الجديدة التي تأتي باوصاف ومقاييس واحدة وتباع بالمتر المكعب أو المربع أو بالطول ، فكلها مثلية .

فلو كانت تتفاوت أجزاء المذروعات كالنسيج غير المتماثل الاجزاء وكالاراضي فان كل قطعة منه عندئذ قيمية لامثلية .

(ج) - وأما العدديات فما كان منها متقارباً ، وهو ماليس بين آحاده فرق كبير يعتد به كالبيض والجوز ، فانه مثلي على الاطلاق .

فاذا تفاوتت أفراده في الحجم بحيث يكون لكل منها قيمة تختلف عن الآخر ، كالبطيخ والقنبيط والملفوف ونحوها ، فأنه عندئذ اذا كان العرف على بيعه بالعدد كان قيمياً تتفاوت آحاده ؛ واذا كان العرف على بيعه بالوزن كان مثلياً ، وذلك لان آحاده عندئذ (أي في حالة الوزن) هي الوحدات القياسية الاعتبارية بالوزن من الرطل أو الاوقية ونحوها وهي غير متفاوتة فيه ، وليست آحاده هي أفراده الطبيعية المتفاوتة حجماً ، أي انه يصبح عندئذ وزنياً لاعددياً .

وهكذا يقال في كل ماله أفراد متفاوتة في الحجم متماثلة في المضمون والصفة اذا كان يباع بالعدد أو الوزن .

وبهذا يظهر ماللعرف من تأثير في اعتبار المال قيمياً أو مثلياً ، وتتبدل

هذه الصفة في المال المثلي الاصل بتبدل تعامل الناس فيه من عد الى وزن ، ومن وزن الى عد .

واذا كان المعدود المتقارب كالبيض والجوز من المحصولات الطبيعية مثليا ، فان المعدود المتماثل من المصنوعات هو مثلي بالاولى ، كالاشياء الصناعية التي هي من صنع المعامل الآلية الحديثة اليوم ، مثل الكؤوس الزجاجية المعدنية وأباريق البلور ومصابيح الكهرباء من صنف واحد ، بل والمحركات والمضخات بسائر أجهزتها مما تخرج منه المعامل أفراداً كثيرة فانها كلها تعد من المثليات .

وأفراد النسخ المطبوعة الجديدة من كتاب واحد مثلية . أما النسخ المخطوطة ولو لكتاب واحد ، والنسخ المطبوعة المستعملة فقيمية ، لتفاوت النسخة عن الاخرى في الاوصاف والقيمة .

٨٧ – نتائج التفرقة بين المال القيمي والمثلي فقهاً :

ان هذا التفريق بين القيمي والمثلي من الاموال له نتائج عملية ذات بال في مناط الحقوق والقضاء ، واليك أهم هذه النتائج :

٨٨ – النتيجة الاولى :

فالاموال المثلية على الاطلاق تقبل أن تثبت في الذمم ثبوت الديون ، فيتعلق الحق منها بمقدار غير متعين بذاته في الخارج ، فتشغل به الذمة ، ويجب على الملتزم به وفاء دينه من أي الاموال المماثلة لما التزم به جنسا وصفة ، ولا يتقيد بعين معينة يريدها الملتزم له .

وذلك كمن استقرض مبلغاً من النقود أو باع كمية من القمح الموصوف الى شهر مثلا ، أو مائة متر من ألواح البلور كذلك ، فيكون كل هذا التزاماً بدين في ذمته يوفيه من أي كمية من النقود أو القمح أو البلور تتوافر فيها أوصاف هذا الدين .

هذا ، وان ثبوت الاموال المثلية في الذمم يستلزم حكما آخر فيها ، وهو انها يجري بينها في الذمم المتقابلة التقاص الذي سيأتي بيـانه في نتائج تقسيم المال الى عين ودين (ف /١١٥/ خامساً) .

أما الاموال القيمية فانها لاتقبل الثبوت في الذمم فلا تكون بذاتها ديناً أبداً ، ولا يجري بينها تقاص ، واذا أريد تعلق الحق بذاتها يجب أن تكون موجودة متعينة في الخارج .

فلا يمكن بيـع رأس من الغنم أو البقر مثلاً الا اذا ورد العقد على واحـد موجود مشخص متميز عن سواه .

وذلك لأنه لو شغلت ذمة الملتزم بذات المال القيمي لكان غير متعين . وعندئذ يجب أن تفرغ الذمة ويوفى الالتزام بأي فرد كان من أمثاله . وقد رأينا أن القيمي لامثل له لتفاوت كل فرد من أفراده عن الآخر في الاوصاف والقيمـــة .

فاذا وجدت واقعة شرعية توجب شغل الذمة بالمال القيمي فانهـا عندئذ تشغل بقيمته من النقود الدارجة وهي مثلية ، كمن أتلف مـالاً قيمياً لغيره ، فانه يلتزم بضمان قيمته ، لا بأداء نظـيره ، (ر : المجلة / ٨٩١ / والدر المختـار أوائل كتاب الغصب) .

٨٩ ـ وعن هذا قرر الفقهاء أن عقد القرض لا يجري في القيميات ، وإنما يجري في المثليات من نقود أو أعيان أخرى كالقمح والشعير ونحوهما، لأن القرض يثبت به المال المقبوض ديناً في الذمة يوفى برد مثله ، والقيمي لا مثل له فلا يثبت في الذمة .

وقالوا ان اقراض المال القيمي ، اذا وقع ، يعتبر في حـكم **الاعارة** من جهة انه يجب رد عينه ما دامت قائمة ، فلا يجبر المقرض على قبول مثله ، لكن

المقترض يملكه بالقبض ، لأنه دفع بقصد التمليك فيكون مضموناً عليه بالقيمة إذا هلك عنده ولا يعتبر أمانة محضة كالعارية .

(ر : الدر المختار وحاشيته رد المحتار في القرض ٤/١٧١و١٧٢) .

٩٠ ـ ومن ذلك يستخلص أن المال المثلي يتعلق به **الحق العيني** كمن باع كمية من الورق معينة بذاتها مشاراً اليها ، فانها تعلقت بها ملكية المشتري ، وهي حق عيني ، حتى لا يحق للبائع أن يعطي سواها من أمثالها عوضاً عنها . (ر : المجلة / ٢٠٤) .

ويتعلق أيضاً به **الحق الشخصي** ، كمن باع مقداراً من الورق معيناً بنوعه وأوصافه فقط لا بذاته مؤجل التسليم الى أجل محدد وهو بيع السلم ، فيكون البائع مديناً بالورق للمشترى ، فعلى البائع أداء كمية مماثلة لدينه قدراً ونوعاً وصفة عند حلول الأجل . (ر : المجلة /١٢٣و٣٧٠و٣٨١)

وأما المال القيمي فلا يتعلق بذاته إلا **الحق العيني** . وإذا صار موضوعاً لحق شخصي فان ذلك الحق في الواقع ، لا يتعلق بذاته بل بفعل يتصل بها كتسليم المبيع القيمي ، فان هذا التسليم حق شخصي للمشتري (ر : ف/٤٠)

٩١ ـ النتيجة الثانية :

بما أن الأموال المثلية تقبل الثبوت في الذمم ، لذلك يجب باتلافها ضمان مثلها لا قيمتها (المجلة / ٨٩١) ، لأن المثل أقرب الى الاصل من القيمة ، والواجب في التعويض التقرب من الأصل المعوض عنه بقدر الامكان ؛ لأن تعويض الضرر هو قضاء عن شيء فائت . ومن القواعد الفقهية أن « **الضرر يدفع بقدر الامكان** » ، وأنه « **اذا بطل الاصل يصار الى البدل** » (**المجلة/٣١و٥٣**) .

فعند امكان الاقرب لا يصار الى الأبعد . وان تضمين المثل يخلف ذات المال المتلف ، أما تضمين القيمة فيخلف ماليته لا ذاته .

وقد صرح الفقهاء أن المماثلة في الضمان واجبة بالنص ، وأن تمامها بالمثل لا بالقيمة ، لأن المثل معادل صورة ومعنى ، أما القيمة فمعادلة معنى فقط(رد المحتار ، باب بيع السلم ٤/٢٠٥) .

فاذا انقطعت أمثاله من السوق فعندئذ يصار الى القيمة اضطراراً[1] .

أما القيمي فلأنه لا يكون بذاته ديناً ، اذ لا مثل له ، يكون التزام التعويض عند الاتلاف متوجهاً الى قيمته رأساً كما تقدم .

ومتى وجب في الاموال المثلية الالتزام بضمان مثلها فلا عبرة عندئذ لصعود القيمة أو هبوطها ما بين تاريخ الالتزام وتاريخ وفائه بأداء المثل ، لان الالتزام قد استقر في الذمة على المال المثلي عيناً لا على قيمته ، فلا عبرة لتحول القيمة[2] .

٩٢ – النتيجة الثالثة :

الاموال القيمية لا تعتبر أموالاً ربوية ، فلا تخضع شرعاً في مبادلة بعضها ببعض لقاعدة ربا الفضل التي توجب تساوي البدلين اذا كانا من جنس واحد ، حيث تكون الزيادة ربا محرماً . فالاموال القيمية تخرج عن هذه القاعدة فيجوز اعطاء الكثير منها في مقابل القليل من جنسه كبيع غنمة بغنمتين معينات . وذلك لان الفضل هو زيادة أحد المتجانسين على الآخر في المقدار والكمية ،

---

(١) وهل يجب عندئذ ضمان القيمة يوم الاتلاف ، أو يوم انقطاع المثل، أو يوم الخصومة ؟ في ذلك نظريات اجتهادية سيأتي بيانها في محلها من بحث الفعل الضار . والمادة/٨٩١/ من المجلة تفيد اختيار الرأي الاول .

(٢) — على ان هذا الحكم ، على متانته نظرياً ، هو محل النقد لدى بعض الاساتذة القانونيين من حيث ان الملتزم قد يتأخر في تأدية المال المثلي الذي عليه الى وقت تكون القيمة فيه قد هبطت فيتضرر الملتزم له .

وان القيميات ليست من المقدرات ، أي ليست من الاموال التي تجمع بين أفرادها وحدةمقياس ومقدار بحيث يكون تفاوت فيمابنسبة تفاوت مقاديرها. فلذا كان ربا الفضل يختص شرعاً بالمقدرات المثلية من مكيل أو موزون فقط (الدر المختار من باب الربا) .

٩٣ ـ مزايا النقدين

رأينا أن من الاموال المثلية المعادن كافة .

ومن هذه المعادن الذهب والفضة اللذان جرى العرف البشري العام على اتخاذ المسكوكات النقدية منها لتكون اثماناً وقيماً للاشياء التي تتعلق بها الحوائج . فتوفى الالتزامات من هذه المسكوكات ، وتقوم بها الحقوق،وذلك لمزية اعتبرت في هذين المعدنين في الاوصاف والندرة كانا بها أثبت من سواهما قيمة في التداول ، وأصلح للوساطة بين الانسان وحاجاته ، وأليق أن يكونا أساساً ومقياساً لقيم سائر الاشياء .

وعن هذا قال الفقهاء : « ان الذهب والفضة يعتبران أثماناً بالخلقة »أي بطبيعتها ولو غير مسكوكين .

ومعنى هذا ان الذهب والفضة إذا قوبلا فيالعقود بأي مال آخر يعتبران هما العوض وهو المعوض[1] . وإذا قوبل أحدهما بالآخر كان العقد صرفاً .

---

(١) ـ إن لتمييزالثمن عن المبيع في المعاوضات نتائج عملية في الفقه . فالثمن في نظرهم واسطة في العقد ، وان المبيع هو المقصود ، فيتسامح في شأن الثمن أحياناً بما لا يتسامح بمثله في المبيع .

فالمال غير المتقوم كالخمر اذا كان مبيعاً بطل العقد ، وان كان ثمناً فسد العقد : فعندما يقابل بالنقود لا بعين قيمية يكون مبيعاً حتما لان النقود ثمن حتما ، فيبطل العقد . =

أما بقية الاموال المثلية فانها اذا كانت معينة وقوبلت في عقد المعاوضة بأعيان قيمية على سبيل المقايضة ، كانت هي أثماناً والمال القيمي مثمناً أي مبيعاً، لان المثليات أليق بالثمنية إذ تقبل الثبوت في الذمة ديناً كما رأينا .

أما إذا قوبلت القيميات بعضها ببعض فانها يكون كل منها ثمناً من وجه، ومبيعاً من وجه .

وسنرى تفصيل التمييز بين المبيع والثمن ونتائجه في باب البيع من العقود المسماة الذي محله الجزء الخامس .

٩٤ ـ هذا ، وإذا كان الذهب أو الفضة مسكوكين دنانير او دراهم كان لها اعتبار آخر في نظر الفقهاء علاوة على ما تقدم . ذلك أنها يصبح لهما شيء من التجرد المالي يكونان به في العقود كأنها ديون محضة . فالعقد الذي يرد عليها كأنما ورد على دين في الذمة لا على عين ، لأنها عندئذ تمحضا للوساطة في التداول والمعاوضة .

وعن هذه النظرية قرر الفقهاء القاعدة القائلة :

ان الدنانير والدراهم لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضه
(المجلة / ٢٤٣)

وإيضاح ذلك أن الذهب والفضة اذا كانا معدناً غير مسكوك اعتبرا أثماناً في المعاوضات ، لكنهما كسائر المثليات يقبلان التعيين بالذات . فمن اشترى سبيكة من ذهب أو فضة معينة بذاتها لا يجبر على استيفاء غيرها ولو مماثلاً لها في مقدارها ومعيارها ، فيتعلق بها الحق العيني للمشتري .

وأما إذا كانا مسكوكين دنانير أو دراهم فاشترى شيئاً بدينار أو درهم

= والشيء المبيع إذا استحق من يد المشتري يبطل البيع . أما إذا استحق الثمن من يد البائع فالبيع باق ويرجع المشتري بمثل الثمن .

معين بذاته وأشار إليه أنه هو الثمن المعقود به وتم العقد ، فانه لا يجبر على أدائه بعينه بل له أن يدفع سواه من الدراهم أو الدنانير المماثلة . فيعتبر العقد كأنما ورد على دينار او درهم مجرد مطلق عن التعيين .

وهذا التجريد مستمد من مهمة النقد المسكوك التداولية ، فان الغاية الاقتصادية للنقد المسكوك – وهي أنه وسيط بين الانسان وحاجاته وليس مقصوداً لذاته – تقتضي تساوي أفراد النوع الواحد منه في هـذه الوساطة ما دامت قيمتها متساوية .

فبين كون الذهب والفضة نقوداً مسكوكة وكونها معادن فرق فقهي في قابلية التعيين وعدمها في المعاوضات بناه فقهاؤنا على الهدف الاقتصادي العام الذي يبتغيه التشريع في المسكوكات النقدية .

ومثل الدراهم والدنانير جميع المسكوكات من المعادن الأخرى ، وهي التي يسمونها « الفلوس النافقة الرائجة » ، ويعتبرون ثمنيتها ناشئة عن اصطلاح الناس وتعارفهم .

فهـذه الفلوس تتفق في عدم قابليتها للتعيين ، مع الدراهم والدنانير المعدودة أثماناً بالخلقة ، وتختلف عنهـا في بعض أحكام أخرى ليس هـذا محل بيانهـا[1] .

٩٥ – هذا الحكم السابق ، أعني عدم تعين النقود بالتعيين هو خاص بعقود المعاوضة . أما في عقد الأمانة فان الدنانير والفلوس تتعين بالتعيين كالودائع النقدية ، فانها لا يحق للوديع استبدالها بسواها من أمثالها ، ولو فعل كان غاصباً ، فيصبح ضامناً بعد ان كان أميناً ، بل عليه أن يحفظها بأعيانها للمودع .

---

(١) – في حكم الفلوس النافقة الورق النقدي في عصرنا هذا ، فانه يتداول كالفلوس وان كان في أصل مبناه من قبيل السند المحرر لحامله .

ومثل ذلك إذا استعار الانسان ديناراً مثلًا ليعاير به الميزان ، فليس له أن يرد سواه من مثله ، بل يتعين رد الدينار المعار بذاته .

الفرع الثالث

في الاموال الاستهلاكية والاستعمالية[1]

معنى المال الاستهلاكي والاستعمالي — عدم التلازم بين الاستهلاكي والمثلي — نتيجة هذا التقسيم فقهاً .

٩٦ — وينقسم المال ايضاً من وجه ثالث الى قسمين : استهلاكي واستعمالي.

أ) — فالمال الاستهلاكي : هو مايكون الانتفاع بخصائصه بحسب المعتاد لا يتحقق إلا باستهلاكه .

والمراد به مايستهلك باستعماله لأول مرة ، كالأطعمة والأشربة بمختلف أنواعها ، وكالحطب ، وورق الكتابة الخ ... سواء أكان الاستهلاك فيه

---

(١) — ان تقسيم المال الى استهلاكي واستعمالي لا يذكره فقهاؤنا صراحة ، ولكن الشرائط التي يشترطونها في بعض الأموال بالنسبة الى بعض العقود تدل عليه كما سنرى .

حقيقيا ، كما في الأشياء المذكورة ، أو حقوقيا ، كما في النقود ، فإن النقود تدخل في هذه الزمرة ، ويعتبر خروجها من اليد التي هي فيها في سبيل وفاء الالتزامات وقضاء الحاجات استهلاكاً من الوجهة الحقوقية ، وان كانت أعيانها باقية على حالها في الوجود الخارجي .

ب) ـ والمال الاستعمالي : هو ما يتحقق الانتفاع به باستعماله مراراً مع بقاء عينه .

وهو الأموال التي لا تستهلك بالاستعمال لأول مرة ، بل لها دوام نسبي يختلف طولاً وقصراً بحسب طبيعتها وقابليتها للبقاء : كالعقارات ، والمفروشات ، والثيـــاب .

فالفارق بين النوعين هو الاستهلاك من أول مرة في الاستعمال لا مطلق استهلاك لأن معظم الأشياء يفنيها طول الاستعمال .

ويجب أن يلحظ أنه لا تلازم بين الاستهلاكي والمثلي بالمعنى والشرائط المتقدمة في بيان المثليات ، وان كان الأغلب في الأموال الاستهلاكية أن تكون مثلية .

فكل من القيمي والمثلي قد يكون استهلاكياً وقد يكون استعمالياً :

ـ فالطعام المطبوخ مثلاً قيمي استهلاكي .

ـ والكتاب المخطوط ، أو المطبوع المستعمل ، قيمي استعمالي .

ـ والقمح والشعير مثلي استهلاكي .

ـ والنسيج المتماثل الجديد ، كالجوخ والكتان ، مثلي استعمالي .

٩٧ ـ نتيجة هذا التقسيم :

ولهذا التقسيم ثمرة في قابلية الأموال لبعض العقود والحقوق وعدم قابليتها في الفقه الاسلامي :

١) ـ فالأموال الاستهلاكية لاتقبل أن ترد عليها العقود التي موضوعها الاستعمال دون الاستهلاك، وهي التي تستهدف تمليك المنافع دون الأعيان ، كالاجارة والاعارة ، لأن العقد يقتضي الانتفاع مع حفظ العـــين ، والمال الاستهلاكي لاينتفع به إلا باستهلاك عينه ، فيتنافى غرض العقد مع طبيعة المعقود عليه .

وقد صرح الفقهاء في الاجارة بان « كل ما ينتفع به مع بقاء عينه تجوز اجارته ، وإلا فلا » . (ر : الفتاوى الخانية في بحث الاجارة الطويلة، والقواعد الفقهية للشيـخ محمود الحمزاوي ، أول مسائل الاجارة ص / ٧٣) .

ومفاد ذلك ان المأجور يجب أن يكون استعمالياً بالمعنى الذي سبق شرحه .

ومن هنا وضع الفقهاء القاعدة المشهورة في الاجتهاد الحنفي :

« ان الاجارة لايصح أن ترد على استهلاك العين » .

فلا يجوز ايجار البرك لاجـــل الاصطياد منها ، ولا الاراضي للرعي أو الاحتشاش ، ولا ايجار الآجـام والغابات لاقتطاع القصب أو الحطب ، ولا استئجار شاة لبون لشرب لبنها مـــدة معينة الخ ... (ر : رد المحتار آخر الاجارة الفاسدة) .

وقد استثنوا من ذلك بعض عقود للضرورة والاحتياج العـام فجوزوا استئجار الظئر ـ وهي المرأة المرضع ـ لارضاع الطفل ، كما جوزوا نزول الحمام للاغتسال ، وإن كان العقد يستهدف استهلاك اللبن والماء الحار .

ويجب أن يعتبر مثله نزول الفنادق اليوم بالطعام والشراب [1] .

---

(١) ـ يجب أن يلاحظ هنا ان المادة / ٦٤ / من أصول المحاكمات الحقوقية السابق ، وبعده نصوص القانون المدني الجديد ، تقتضي صحة جميـع هـــذه الاجارات الفاسدة .

على أن معظم هذه الاجارات الواردة على استهلاك العين قد تحققت حاجة=

وعقد الاعارة ان ورد على مال استهلاكي كالنقود والحبوب والمأكولات عامة لم يصح اعارة بـــل يعتبر العقد مجازاً عن القرض ، نظراً الى المقصود . فتثبت فيه أحكام القرض ، ويكون المال مضموناً بمثله على المستعير لا أمانـة (ر : رد المحتار ٤/٥٠٤) .

ومقتضى هذا الاصل الذي تدل عليه النصوص في الاموال الاستهلاكية ان الوصية بمنفعة المال الاستهلاكي : كالقمح والثمار ونحوها مدةمعينةدون تمليك عينه لاتصح ، إلا أن تحمل على اقراض الموصى له اياها لإستهلاكها ورد مثلها في نهاية المدة المحدودة .

٢) ـ وأما الاموال الاستعمالية فعلى عكس ماتقدم لاتقبل العقد الذي هدفه الاستهلاك فقط دون الاستعمال ، كالقرض .

وعن هذا كان الواجب في المال المقرض أن يكون استهلاكياومثليا في وقت واحد .

ـ فأما كونه استهلاكيا فكي تتحقق غاية العقد ، لان مقصودالمقترض أن يستهلك ما اقترض لسد حاجته .

= الناس العامة اليهاوجرى العرف عليها . وان الحاجة والعرف يقضيان بتصحيح ما كان فاسداً في الاصل بمقتضى المبادىء النظرية .

وقدنقل ابن عابدين رحمه الله آخر الاجارة الفاسدة عن التاترخانية مانصه :

« وفي الحاوي سئل محمد بن سلمة عن اجرة السمسار فقال أرجو أنه لابأس به وان كان في الاصل فاسداً ، لكثرة التعامل

وكثير من هذا غير جائز فجوزوه لحاجة الناس اليه كدخول الحمام » .

- وأما كونه مثليا فلكي يمكن ثبوته في ذمة المستقرض فيقوم مثله مقامه في الاداء بعد الاستهلاك . (ر : ف/٨٨) .

٣) - أما العقود التي لاينحصر غرضها وموضوعها بالاستهلاك وحده أو الاستعمال وحده بل تشملها معاً غاياتها كالبيـع ، أو يكون لها غرض آخر كالحفظ في عقد الايداع ، فانها يمكن أن ترد على كلا النوعين المشروحين من الاموال ، فتصح في الاموال الاستهلاكية والاستعمالية على السواء .

الفرع الرابع

في المال المنقول وغير المنقول

معنى المنقول والعقار بالنظرين الفقهي والقانوني - تحول المنقول الى عقار ، وبالعكس - تقسيم الاراضي ، وأهم أحكامها فقهيا وقانونيا - ثمرات تقسيم المال الى منقول وغير منقول في الاحكام المدنية .

٩٨ - وينقسم المال أيضاً من وجه رابع الى منقول، وغير منقول . - فالمنقول هو كل مال يمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر، ويشمل النقود والعروض والحيوان ونحوها من القيميات والمثليات . ويدخل فيه

السفن والطائرات والسيارات اليوم .

ـ وغير المنقول هو العقار ، وهو مالا يمكن نقله وتحويله من محل الى آخر (المجلة / ١٢٨و١١٩) :

والعقار عند الفقهاء الحنفية ، في الأصل ، هو الأرض مجردة أو مبنية (رد المحتار من كتاب الوقف عن فتح التقدير) .

فالبناء والشجر ولو كانا قائمين على الأرض يعتبران في المذهب الحنفي من المنقولات . ولذلك لايجري فيها حق الشفعة إذا بيعا منفردين عن الارض، لان حق الشفعة مقصور على العقار (المجلة / ١٠١٩و١٠٢٠) .

وكذا لايصح وقفها دون الارض في مكان لم يتعارف فيه الناس وقف البناء والشجر وحدهما لان الوقف لايجري إلا في العقار وفي المنقول المتعارف وقفه (الدر المختار ، ورد المحتار من كتاب الوقف) .

غير أنهم يلحقون البناء والشجر بالعقار حكماً على سبيل التبعية له في التصرف الوارد على العقار بما فيه من بناء أو شجر . فلو بيعت دار او ارض مشجرة يتناول حق الشفعة البناء والشجر مع الارض (المجلة /١٠٢٠).

ومعنى هذا أن البناء والشجر في النظر الفقهي لهما اعتباران : فهما ، بانفرادهما عن الارض ، يعتبران من المنقولات ، وهما ، مع الارض ، عقار بالتبعية .

والاجتهاد المالكي يعتبر البناء والغراس القائمين من العقارات ، لأنها متصلان بالأرض اتصال قرار وغير قابلين للنقل مع البقاء على شكلها ، بل يتغيران من حال الى حال ، فيصبح الشجر حطباً ، والبناء أنقاضاً . فالمحافظة على صفتها بلا ضرر أو خلل تقتضي ثبات أعيانها . وهذا الثبات يوجب أن يعتبر

عقاراً كالأرضين[1] (ر : الشرح الكبير ، باب الشفعة ، وكتاب (الملكية ونظرية العقد للأستاذ أبي زهرة ف / ١٠) .

---

(١) - النظر القانوني الحديث يتجه الى توسيع نطاق الصفة العقارية عن حدوده الفقهية .

فبينا لا يعتبر الفقهاء عقاراً بذاته سوى الأرض نجد المادة الأولى من نظام الملكية العقارية السابق لدينا تقسم العقارات الى ثلاثة أنواع : عقارات بذاتها ، وعقارات بالنظر الى غايتها ، وعقارات معنوية .

وتجعل من النوع الاول ، اي من العقارات بذاتها ، كل ماله موقع ثابت حتى النباتات المتأصلة في الأرض ، والأبنية . وتفسر الأبنية بكل ماجمع من مواد البناء فشد بعضه الى بعض بصورة ثابتة على ظاهر الأرض او في باطنها.

وهذا موافق للاجتهاد المالكي المبين أعلاه .

وتجعل من النوع الثاني كل ما يوجد في عقار زراعي او صناعي مما يتعلق باستثماره ، حتى السمك في الغدران ، والسماد المخصص للارض .

وتجعل من النوع الثالث (المعنوي) حقوق الارتفاق والتأمينات ، حتى الدعاوي المقامة في المحاكم على العقارات الذاتية !!

ثم جاءت المادتان / ٨٤ و ٨٥ / من القانون المدني السوري فأقرتا هذا التفصيل دون تقيد بهذه الاسماء .

وكل شيء محتمل الا جعل الدعوى بالعقار عقاراً ! فهذا من المباينات البعيدة في أساليب التصور بين الفقه الاسلامي والاجنبي ، فان نظام الملكية العقارية هذا قد أصدره المفوض الفرنسي في عهد الانتداب مستمداً من التشريع العقاري الفرنسي ،

وقد عرف القانون المدني العراقي العقار بقوله : =

٩٩ ـ تحويل المنقول الى عقار، وبالعكس

يتضح مما تقدم أن المنقول قـــد يصبح في الاعتبار الفقهي كالعقار عن طريق التبعية، كالبناء والشجر في معية الأرض.

ويعتبر من البناء كل مايوضع في العقار متصلا به اتصال قرار. كالأبواب والاقفال المسمورة وتمديدات الماء والكهرباء اليوم (بخلاف المصابيح الكهربائية فانها لاتوضع بوسم القرار) وكأجران الحمام والسلالم المثبتة ونحوها.

فكل ذلك بمجرد اتصاله بالعقار يصبح كالعقار اعتباراً، وتجري عليه احكام العقار التي سنراها قريباً، ويدخل تبعاً في بيع العقار الذي هو فيه، باعتبار أنه جزء منه وان لم ينص في العقد على دخوله (ر: / المجلة ٢٣٢).

وبالعكس قد يتحول العقار الى منقول وذلك كالأجزاء التي تنفصل عن الأرض مما يستخرج من المناجم والمقالع من معدن وفحم وحجر وتراب ونحوه. ومثل ذلك انقاض البناء المهدوم.

فكل ذلك بمجرد فصله عن الأرض وإعداده للنقل تنسلخ عنه صفة العقار وأحكامه، ويلتحق بالمنقولات وتجري عليه أحكامها.

= «العقـار هو كل شيء له مستقر ثابت بحيث لايمكن نقله أو تحويله دون تلف، فيشمل الارض والبناء والغراس».

وجاء فيه أيضاً أنه:

«يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله».

تقسيم الاراضي فقهيا وقانونيا

اولا ـ التقسيم الفقهي

١٠٠ ـ الفقهاء انما يقسمون الاراضي باعتبارين : بحسب عائديتها ، وبحسب نوع الضريبة المفروضة عليها شرعاً .

١٠١ ـ (١) ـ تقسيم الاراضي فقهياً بحسب عائديتها

تنقسم الأراضي فقهياً بحسب عائديتها الى ستة أنواع وهي :

الاراضي المملوكة ، والموقوفة ، والمتروكة ، وأراضي المملكة ، والاراضي الموات[1] ، وأراضي الحوز .

١) ـ **فالمملوكة** : هي مادخلت في الملكية الفردية بسبب من أسباب الملكية .

وهذه يتمتع منها أربابها بكل مزايا ملكية العين .

٢) ـ **والموقوفة** : هي ماوقفها مالكوها فحجزت عن التمليك والتملك والرهن ، ورصد ريعها لجهة وقف ذلك الريع عليها .

وهذه تستغل وتصرف غلتها لما وقفت عليه ، وتبقى وقفاً أبداً ، الا أن تستبدل استبدالاً بوجه شرعي ، فيحل بدلها محلها .

٣) ـ **والمتروكة** : هي الأراضي القريبة من العمران تترك لمصلحة الأهالي مرعى ؛ أو محتصداً ، أو محتطباً (المجلة / ١٢٧١) .

---

(١) ـ **الموات** : بفتح الميم وزان « سحاب » .

وهـذه تكون لمجموع أهل القرية ، تبقى لمصالحهم ، ولا يجـوز لبعضهم استملاكها أو الاستئثار بها .

٤) واراضي المملكة : هي التي بقيت لبيت المال بعد التوزيع على الفاتحين ، أو آلت اليه بانقراض مالكيها وانحلال ملكيتها، ولذا تسمى أيضاً : « أراضي بيت المال » وهي التي سميت أخيراً في القوانين بالاراضي الاميرية.

وان التصرف بهذه الأراضي يعود شرعاً الى السلطان فهو يتصرف بها وفقاً للمصلحة العامة . ولا يجوز أن يمنح منها منحاً بحسب هواه ، أو يقطع منها من يشاء ما يشاء اقطاعاً[1] كيفياً بحسب قربه منه او رضاه عنه .

٥) ـ والموات : هي الاراضي التي ليست ملكاً لاحد ولا متروكة ، وهي بعيدة عن أقصى العمران بحيث لا يصل منه إليها صياح الانسان الجهوري الصوت (المجلة / ١٢٧٠) .

وهذه للدولة ليست ملكاً لاحد . ويجوز للسلطان أن يأذن اذناً خاصاً لمن يرغب من الناس ويتعهد باحياء شيء منهـا بالتعمير او الزراعة او بالحرث والسقي ونحوه ، على أن يملك رقبته أو منفعته فقط . فمن أحيا منهـا شيئاً كذلك فانه يملك رقبـة ما أحياه أو منفعته فقط بحسب الاذن السلطاني (المجلة / ١٣٧٢) .

٦) ـ وأراضي الحوز : هي المملوكة التي عجز أصحابها عـن زراعتها وأداء ضريبتها الخراجية الآتي بيانها ، فتركوها للدولة لتكون منافعهـا جبراً لضريبتها . (قانون العدل والانصاف لقدري باشا ، م / ٥١) .

وهذه تبقى رقبتها على ملك أربابها ، وتستغلها الدولة لقـاء خراجها فلا

---

(١) ـ في المصباح : « أقطع الامام الجند البـلد إقطاعا : جعل لهـم غلتها رزقا » .

يجوز للسلطان بيعها أو وقفها ما دامت حوزاً قبل أيلولة رقبتها الى بيت المـال بسبب شرعي .

١٠٢ - (ب) - تقسيم الاراضي فقهياً بحسب نوع ضريبتها

وتنقسم الاراضي فقهياً أيضاً بحسب نوع الضريبة المطروحة عليها الى نوعين : أراض عشرية ؛ وأراض خراجية .

أ) - **فالاراضي العشرية** : هي التي تخضع لضريبة « **العشر** » ، أي يؤخذ لبيت المال عشرة في المائة من محصولها الزراعي .

ب) - **والاراضي الخراجية** : هي التي تخضع لضريبة « **الخراج** » ، وهي ضريبة مالية على الارض ، متروك تقديرهـا للسلطان بحسب حالة المكلف والارض ، غير مقيدة بمقدار العشر .

والخراج نوعان : خراج مقاسمة ، وخراج وظيفة .

١) - **فخراج المقاسمة** : هو ما يؤخذ مما تخرجه الارض عيناً ، أي انه جزء من الخارج نظير العشر ، وإنما يختلف عن العشر في المقدار والمصرف .

- فالعشر معتبر من قبيل الزكاة ، ومصرفه هو مصارف الزكاة .

- أما خراج المقاسمة فيتجاوز العشر . وان حده الاعلى نصف الخـارج فلا يجوز أن يتجاوزه . ويصرف في المصارف العامة للدولة .

٢) - **وخراج الوظيفة** : أو الخـراج الموظف : هو ما يوظف ، أي يرتب ، من المال سنوياً على الارض متعلقاً بذمة صاحبهـا المكلف لا بعين المحصول . فيؤخذ منه ولو عطل الارض وأهمل استغلالها ؛ كما لو فرض على كل مساحة فدان من الارض دراهم محدودة أو مقدار من القمح ونحوه يؤديه الى بيت المال .

١٠٣ - هذا ، وان كلا من الاراضي العشرية والخراجيـة هي من

قسم الاراضي المملوكة ، فهي مملوكة الرقبة لاربابها في الاصل .

فاذا انقرض مالكوها وورثتهم حتى آلت الى بيت المال أصبحت من أراضي المملكة ، فتعطي للمستثمرين بالاجرة فتكون هذه الاجرة هي حظ بيت المال منها ، فلا يؤخذ بعدها عشر ولا خراج ، كما في أراضي الحوز .

ولذا يعتبر متأخرو الفقهاء أراضي المملكة وأراضي الحوز نوعاً ثالثاً مأجوراً ، لا عشرياً ولا خراجياً .

وقد اعتبر متأخرو الفقهاء اراضي الشام ومصر من هذا القبيل ، أي من اراضي المملكة ، لانقراض مالكيها الأصليين (ر : البحر ، وفتح القدير ، والدر المختار ، باب العشر والخراج) .

وأما تعيين أنواع هذه الأراضي أيها يكون عشريا وأيها خراجياً فهو مبين في باب العشر والخراج من الكتب الفقهية .

هذه خلاصة اجمالية عن التقسيم القديم للاراضي في الفقه الاسلامي .

ثانيا ـ التقسيم القانوني

١٠٤ ـ رأينا أن اراضي المملكة هي ما كانت رقبتها لبيت المال ، فللامام حق التصرف فيها بحسب المصلحة ، لأن من القواعد :

« ان التصرف على الرعية منوط بالمصلحة » (المجلة / ٥٨) .

وقد أقر متأخرو الفقهاء اعطاء هذه الاراضي الى الناس كي يعمروها ويستثمروها لقاء أجر حتى لاتتعطل ، كما أقروا أن لاتنزع من أيديهم ماداموا يؤدون ما عليها . وجوزوا لهؤلاء المتصرفين بها أن يفرغ أحدهم عن حقه لغيره

لقاء بدل أو مجانا ، ولكن بإذن السلطان ، لأن رقبتها لبيت المـــال فهي «كالعواري في يد الرعايا » (ر : تنقيـح الحامدية باب مشد المسكة ، ج ٢ ص / ١٨٧) .

فاعتبروا المتصرف بها كالمستأجر على أساس حق القرار مدى الحياة وفراغه كايجار منه لغيره الى مدة أوسع ، فيشترط فيه إذن السلطان .

ولتشتت احكام الأراضي في المراجع الفقهية ، ولأن اراضي المملكة التي سميت أميري إنما يعود الامر فيهـا شرعاً الى السلطان ، رأى السلطان سليمان القانوني حاجة الى تقنين احكامها وضبطها ، فأصدر قانونا للاراضي جمـــع فيه احكامها مستمدة من الشريعة ، فكان هذا اول قانون لها في الحكومة العثمانية. ثم تتابعت بعده القوانين .

وتلك القوانين العثمانية زمرتان :

أ) ـ فمنها مايتضمن أقسام الاراضي واحكامها العامة .

ب) ـ ومنها مايتضمن حقوق وحدود انتقال التصرف بالاراضي الأميرية الى ورثة المتصرف عند وفاته ، أي إرث التصرف .

(أ) ـ الزمرة الاولى من القوانين العثمانية حول الاراضي :

١٠٥ ـ فأما الزمرة الاولى من تلك القوانـــين ، وهي التي تعالج الاحكام العامة للاراضي في العهد العثماني فقد كان آخرها قانونان عامان :

(احدهما) ـ « **قانون الاراضي** » العثماني الصادر في ٧ رمضان/١٢٧٤

وهذا القانون قـــد قسم الاراضي في المملكة العثمانية الى نفس الاقسام الشرعية السالفة البيان ، أي الى : مملوكة ، وموقوفـة ، واميرية ، ومتروكة ، وموات ، كما قسم المملوكة الى اربعة اقسام ، منها العشرية والخراجية .

وقد اعتبرت المادة الاولى منه اراضي بلاد الشام خراجية مملوكة لأصحابها

في الاصل ، ولكنها آلت نهائياً الى بيت المال لانقراض معظم أصحابها فأصبحت أميرية كما عليه رأي متأخري الفقهاء على ماسلف بيانه .

وقد أتى هذا القانون باحكام لكل نوع من انواع هذه الاراضي اجمالاً ، وللأميرية منها بصورة خاصة تفصيلاً .

وقد منع هذا القانون المتصرفين في الاراضي الاميرية من الحفر فيها أو صنع اللبن والآجر ونحوهما من تربتها الخ ... وأكدت المادة / ٣٦ / منه عدم صحة الفراغ عن التصرف في الارض الاميرية إلا باذن مأمور الطابو (أي مأمور السجل العقاري) .

(وثانيها) – « قانون التصرف بالاموال غير المنقولة » الصادرة في ٥ جمادى الاولى سنة ١٣٣١ هـ ، الذي جاء بتوسيع حقوق المتصرفين بالأراضي الاميرية ، وسوغهم كثيراً مما كان ممنوعاً عليهم ، وجعل اجراء جميع المعاملات المتعلقة بالتصرف فيها منحصراً بدائرة الدفتر الخاقاني الذي هو السجل العقاري العام .

وبمقتضى هذين القانونين المذكورين اصبح الاذن السلطاني المشروط لصحة الفراغ عن التصرف في الأراضي الاميرية ببدل او مجاناً يعتبر حاصلاً بمجرد إجراء معاملة الفراغ لدى مأمور السجل العقاري وتسجيله إياها دون حاجة الى اذن خاص من السلطان كما كان من قبل .

وليس للمأمور الموظف ان يمتنع عن إجراء التسجيل .

ونصت المادة / ٨ / منه على عدم جواز وقف الاراضي الاميرية ولا الوصية بها من قبل المتصرفين فيها ، لأنهم لايملكون رقبتها .

١٠٦ – قانون الاراضي الجديد ذو الرقم / ٣٣٣٩

ظلت هذه القوانين العثمانية في احكام الأراضي معمولاً بها في سورية الى

سنة ١٩٣٠ م حيث اصدر المفوض الفرنسي في عهد الانتداب الفرنسي قانون الاراضي الجديد الذي سمي ايضاً : « نظام الملكية العقارية » ذا الرقم /٣٣٣٩/ فحل محلها ، ونظم احكام جميع انواع الملكية والحقوق العقارية لا الاراضي فقط ، وادخل مبدأ مرور الزمن المكسب في العقار .

وقد خولت المادتان / ١٥ - ١٦ / منه صاحب حق التصرف في الاراضي الاميرية ان يستغلها ويستحق كل مايتحـــد بها اتحاداً تبعياً ، طبيعياً كان او اصطناعياً ، وأن يتصرف بها بملء حريته ، وأن يبني فيها ما يشاء ، ويحفر الى العمق الذي يشاء ، وأن يستخرج منها مواد البنا- دون غيرهامن سائرالمنتوجات كالمعادن والدفائن والفحم الحجري ، وذلك ضمن الحـدود والقيود التي توجبها القوانين والانظمة الاخرى .

وكذلك سوغت المادة / ١٧ / منه صـاحب حق التصرف في الاراضي الاميرية أن يجري عليها ما يشاء من أعمال التصرف ماعدا الوقف ، فأصبحت الوصية بالارض الاميرية جائزة بمقتضاه ، وفاقاً للحـكم الشرعي الذي يسوغ الوصية بالمنافع ، لأن حق التصرف بالارض الاميرية هو من قبيل المنفعـة دون الرقبة .

هذا ، وإن المادة /٢٧٠/ من القانون ذي الرقم /٣٣٣٩/ المذكور المصححة بالقرار ذي الرقم /١٣٥ ل ر/ الصادر في ٢٢ حزيران سنة /١٩٣٤/ م جاءت تنص على الغاء قانون التصرف بالاموال غير المنقولة العثماني الصادر في ٥ جمادى الاولى سنة /١٣٣١/ ﻫ بكامله ، وعلى إلغاء جميـع « قوانين الاراضي » العثمانية والإرادات السنية ، واحـكام المجلة في جميـع المواد التي هي موضوع بحث في هذا القانون الجديد ، فبقي المعمول بـــه من تلك الاحـكام السابقة كل مالم يبحث فيه هذا القانون الجديد ولا يخالفه .

ثم جاء اخيراً القانون المدني السوري الجديد سنة /١٩٤٩/ م ، فأدمجت فيه نصوص قانون الملكية العقارية المذكور ذي الرقم /٣٣٣٩/ بكامله سوى تعديلات جديدة طفيفة كالغـــاء حق الشفعة (الذي كان يقره قانون الملكية العقارية المذكور) الغاء تاماً نهائياً .

١٠٧ ــ التقسيم المعمول به اليوم في سورية :

ن تقسيم الاراضي ، بالنظر القانوني المعمول به لدينا اليوم قـد تناولته المادة /٨٦/ من القانون المـــدني (يقابلها المواد /٥ ـ ٩/ من قانون الملكية العقارية) ، فقسمت العقارات (أي الاراضي) الى خمسة أقسام ، كما يلي :

١) ــ العقارات المملوكة. وهي الاراضي الواقعة داخل مناطق الاماكن المبنية بحسب التحديد الاداري لتلك المناطق .

٢) ــ العقارات الاميرية : وهي الاراضي التي تكون رقبتها للدولة ، ويجوز أن يجري عليها حق « تصرف » .

٣) العقارات المتروكة المرفقة : وهي التي تخص الدولة ويكون لجماعة عليها حق استعمال تعين مميزاته وإتساعه وفقاً للعادات المحلية والانظمـة الادارية (أي كالأراضي المتروكة لمصالح القرى) .

٤) ـ العقارات المتروكة المحمية : وهي التي تخص الدولة أو البلديات وتكون جزءاً من املاك الدولة .

٥) ـ الاراضي الموات : او (العقارات الخالية المباحـــة) ، وهي الاراضي الاميرية التي تخص الدولة إلا أنها غير معينة ولا محـددة اي لم ينشأ عليها لاحد حق تصرف ، بخلاف الاراضي الاميرية بمعناها المطلق فانهـا اراض زراعية معينة محددة .

وهذه الاراضي الموات يجوز لمن يشغلها قبل غيره أن يستحصل باذن من

الحكومة على حق افضلية له فيها ، اي حق رجحان وأولوية في التصرف فيها وفقاً للشرائط المعينة في انظمة املاك الدولة .

وغني عن البيان إن التقسيم القديم الفقهي للأراضي بحسب نوع الضريبة الى اراض عشرية وخراجية قد زال نظرياً وعملياً في بلادنا بمقتضى نظام الملكية العقارية السابق ، ثم بالقانون المدني الحالي والانظمة المالية في ضريبة الاراضي التي استبدلت بها لدينا اخيراً ضريبة الانتاج الزراعي .

وقد كان ذلك التقسيم إلى عشرية وخراجية مرعيا في قانون الأراضي العثماني الآنف الذكر ، إذ عدت فيه الأراضي العشرية والخراجية فروعاً من الاراضي المملوكة .

(ب) ـ الزمرة الثانية من القوانين العثمانية حول الاراضي .

١٠٨ ـ أما الزمرة الثانية من الاراضي ، وهي التي تتضمن انتقال التصرف في الاراضي الاميرية بالارث ، فقد بدأت أيضاً بالقانون الاول العثماني الآنف الذكر الذي أصدره السلطان سليمان . فانه لم يجعل فيه لأحد من ورثة المتصرف في الاراضي الاميرية حق انتقال ، بل تعود الارض بوفاة المتصرف إلى بيت المال بناء على أنه في حكم المستأجر سنوياً ، فاجارته تنفسخ في المذهب الحنفي شرعاً بموته .

وإنما أقر لأولاد المتصرف بعد وفاته حق أولوية في استئجارها ببدل المثل .

وهذه الاولوية في الاستئجار كانت تسمى : « حق الطابو » .

ثم تتابعت بعد ذلك قوانين وأنظمة كثيرة وسع فيها أولاً انتقال « حق الطابو » هذا إلى غير الاولاد . ثم آل ذلك الى تقرير انتقال في حق التصرف بالأرض الاميرية مجاناً الى الورثة ، على ترتيب ونظام يختلف عن ترتيب الارث

الشرعي في الاملاك الحرة ، ويتساوى فيه الذكر والأنثى ، باعتبار أن هذا الارث النظامي منحة للمتصرفين يعود للامام صاحب السلطة العامة على هذه الاراضي حق توزيعها وترتيبها ، كحق الواقف في فرض توزيع غلة وقفه كما يشاء .

١٠٩ – قانون انتقالات الاموال غير المنقولة

وآخر قانون في ذلك هو قانون الارث النظامي الجديد المعروف باسم « قانون انتقالات الاموال غير المنقولة » المؤرخ في ٢٧ ربيع الأول سنة ١٣٣١ هـ = ٢١ شباط ١٩٢٧ م .

وقد جعلت فيه درجات الانتقال ثلاثاً تحجب كل منها ما بعدها ، وهي :

أولاً) – فروع المتوفي .

ثانياً) – أبوا المتوفي ، وفروعها .

ثالثاً) – أجداده وجداته ، وفروعهم .

وجعل للزوج أو الزوجة مع أهل الدرجة الاولى الربع ، ومع أهل الثانية النصف .

وقد أقرت في هذا القانون أمور أهمها ما يلي :

١) – جعل نظام انتقال التصرف بالوفاة واحداً في الاراضي الاميرية وفي حق القرار المنشأ على عقار الوقف بطريقة الاجارتين (ر : ف/٢٣) .

وقد كانت طريقة الانتقال قبلاً في حق الاجارتين على العقارات الموقوفة مختلفة عن طريقة الانتقال في حق التصرف بالاراضي الاميرية وأضيق منها .

٢) – ساوى في النصيب بين ذكور الاولاد واناثهم كما ساوى بين الزوجين في النصيب .

٣) – أقر قاعدة الخلفية والتمثيل ، وهي أن يعتبر المتوفى عند وصول

الحق الى درجته ممثلا بولده الذي يخلفه ، فيقوم الاولاد مقام أبيهم فيستحقون نصيبه الذي يستحقه لو كان حياً مع وجود أعمامهم الذين هم أعلى طبقة .

وعليه اذا مات أحد أولاد المتصرف بالأرض الاميرية عن أولاد ثم مات والده المتصرف ، فان الحفدة يستحقون نصيب أبيهم المتوفى من تركة جدهم الذي توفي بعد أبيهم ، ولا يكونون محجوبين بأعمامهم كانحجابهم بهم في الإرث الشرعي المعتبر في الاملاك العادية . وهذه المسألة هي المعروفة بين الناس بمسألة « ابن المرحوم »[1] ، عالجها هذا القانون في إرث التصرف بالاراضي الاميرية .

ولا يزال هذا القانون معمولاً به في سورية الى اليوم .

هذه خلاصة متسلسلة هامة عن أقسام الاراضي وأسمائها وأحكامها الاساسية شرعاً وقانوناً ، تلقي نوراً على تطورها ومراحله ، وتعين على فهم ما يصادفه الباحث والطالب من أسمائها المختلفة وأنواعها في شتى المناسبات ،

---

(١) - يلحظ في هذا المقام انه قد أقر أخيراً في مصر قانون جديد للوصية عدلت فيه مسألة ابن المرحوم في الإرث الشرعي العام عن طريق إيجاب وصية اجبارية لاولاد أحد الاخوة المتوفي قبل أبيه بمبلغ في تركة جدهم يعادل ميراث أبيهم منه لو كان أبوهم حياً عند وفاة جدهم على ان لا يتجاوز ثلث التركة ،وذلك بالاستناد الى بعض الاجتهادات الاسلامية في الوصية الاجبارية للأقارب . وهكذا عولجت في مصر قضية « **ابن المحروم** » عن طريق **الوصية الاجبارية**. ثم صدر لدينا في سنة / ١٩٥٣ م قانون الاحوال الشخصية (وكنت أنا احد أعضاء اللجنة التي كلفت وضعه) فتبنى هذا القانون لدينا تدبير الوصية الاجبارية الذي سلكته مصر مع تعديل يسير وجدناه ضرورياً .وهكذا زالت من الوجود لدينا قضية **ابن المحروم** .

فيدرك قديمها من حديثها ، وناسخ أحكامها لدينا من منسوخها[1] .

١١٠ ـ ثمرات التمييز بين العقار والمنقول :

إن ثمرة التمييز بين المنقول والعقار من الاموال لم تكن ، في الاحكام الفقهية الاصلية ، بالمكانة التي لها اليوم في ظل التشريع القانوني . فلم يكن هناك من تفاوت أساسي بين ما يتعلق بالمنقول وما يتعلق بغير المنقول من الاحكام إلا في بعض أمور وحقوق ناشئة عن طبيعة العقار تجري فيه ولاتجري في غيره ، كحق الشفعة وحقوق الجوار والارتفاق ، وكأحكام غصب العقار بناء على اختلاف الفقهاء في إمكان غصب العقار وعدمه .

أما بعد وجود التشريع العقاري القانوني في سورية وتأسيس التشكيلات العدلية التي تعددت بمقتضاها المحاكم واختلفت وظائفها واختصاصاتها منذ العهد العثماني الى اليوم ، فقد اصبح للتفريق بين المنقول والعقار ثمرات هامة ولاسيما في الامور الشكلية ، كاختصاص المحاكم ووجوب تسجيل العقود والحقوق العقارية في السجل العقاري .

واننا سنجمل فيما يلي ذكر النتائج الناجمة عن التفريق في الاموال بين المنقول والعقار في الاحكام الفقهيه الاصلية ، وفي الاحكام القانونية :

---

(١) ـ ترى مراجع هذه الخلاصة وتفاصيل الاحكام في باب العشر والخراج وكتاب الوقف من رد المحتار وغيره من الكتب الفقهية ، وفي نصوص قوانين الاراضي العثمانية المشار إليها آنفاً ، وكتاب أحكام الاراضي للأستاذ الكبير شاكر بك الحنبلي ، وأحكام الاراضي أيضاً للاستاذ المحامي دعيبس المر ، وفي نظام الملكية العقارية السابق لدينا ذي الرقم / ٣٣٣٩ / ، وفي القسم الثاني من القانون المدني الذي أدمجت فيه نصوص نظام الملكية العقارية المذكور وفي جانب من مقدمته ايضاً .

١١١ - (أ) - في الاحكام الفقهيه :

١) - ان الشفعة تجري في العقار ولا تجري في المنقول ولو كان هذا بناء مبنياً او شجراً مغروساً ، إلا تبعاً للعقار كما تقدم .

ومثل الشفعة في ذلك بيع الوفاء ، فانه يختص بالعقار دون المنقول على ارجح الآراء الفقهية [١] (ر : الدرر أواخر البيوع ورد المحتار ، ٢٤٨/٤) .

٢) - ان الوقف ايضاً إنما يصح في العقار دون المنقول إلا اذا وقف المنقول مع العقار الذي هو وقف تبعاً له ، أو كان من المنقولات التي جرى العرف والتعامل على وقفها منفردة ، كالمصاحف والكتب وأدوات حمل الموتى .

وكذلك الحقوق العينية الطارئة على الوقف ، أي حقوق القرار المعروفة بأسماء مختلفة كالحكر والاجارتين والمرصد والكدك الخ .. ، لا تجري في الموقوف من المنقولات وإنما تختص بالعقار الموقوف كما تقدم .

٣) - ان المنقول المبيع لا يصح من المشتري ان يتصرف فيه ببيع ونحوه قبل قبضه . أما العقار المبيع فيصح تصرف المشتري فيه قبل قبضه (المجلة / ٢٥٣)

والعلة في ذلك ان البيع يبطل بهلاك الشيء المبيع قبل التسليم ، والمنقول عرضة للتلف ، فتداول الحقوق عليه قبل استقرار ملكية المشتري بالقبض هو غرر وتسرع يعرض تلك العقود والحقوق اللاحقة للضياع اذا هلك المبيع في يد بائعه الاول [٢] .

---

(١) - يلحظ هنا أن بيع الوفاء أصبح ممنوعاً وعقده باطل بمقتضى المادة / ٤٣٣ / من القانون المدني لدينا

(٢) ان نصوص القانون المدني ، وقبله المادة / ٦٤ / من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني لدينا يقتضي عمومها صحة بيع المنقول قبل القبض .

٤) – حقوق الجوار والارتفاق تتعلق بالعقار ولا تتعلق بالمنقول .

٥) – المنقول يمكن غصبه بلا خلاف بين الفقهاء وتترتب على الغاصب أحكام الغصب المقررة في محلها .

أما العقار فمن الفقهاء من يرى أنه غير قابل للغصب ، إذ لا يمكن نقله وتحويله . وهذا رأي الامامين أبي حنيفة وابي يوسف .

ومنهم من يرى قابليته للغصب ، وهذا رأي محمد ، وهو الراجح الذي اعتمدته المجلة (ر : م / ٩٠٥ – ٩٠٩)[1] .

---

(١) وجهة نظر الامامين في عدم جريان الغصب في العقار ان الغصب المتصور فيه ليس في الحقيقة غصباً للعقار . بل هو اقصاء لصاحبه عنه ، كمن يقصي الراعي عن مواشيه ، والغصب لا يتحقق إلا بازالة يد المالك عن ماله بفعل يقع من الغاصب على المال ، ولا يكون هذا الا بالنقل والتحويل ، والعقار لا يتصور فيه ذلك .

ووجهة نظر الامام محمد في امكان غصب العقار أن الغصب يتحقق بمجرد ازالة يد المالك عن ماله ، ولا يشترط ان تكون تلك الازالة بفعل في المال . وهذه الازالة فيما يحتمل النقل انما تكون بالنقل والتحويل ، وفيما لا يحتمله تتحقق باخراج المال عن ان يكون منتفعاً به في حق المالك ، أو باعجاز المالك عن الانتفاع به . وبهذا يتحقق الغصب في العقار كما في المنقول .

وثمرة الخلاف في امكان غصب العقار تظهر في عدم التزام الغاصب بضمان قيمته اذا هلك في يده على الرأي الاول ، والتزامه بالضمان على الرأي الثاني . وعلى هذا : لو غصب انسان عقاراً فجاء آخر فأتلفه فالضمان على المتلف فقط عند الشيخين (ابي حنيفة وابي يوسف) ، لأن الغصب لم يتحقق فانفرد الاتلاف بالاعتبار . =

٦) — عقار القاصر لا يجوز للولي أو للوصي بيعه الا باذن القاضي في حالات محدودة ومعدودة مبينة في الكتب الفقهية ، وفي قانون الاحوال الشخصية ، وكلها من حالات الضرورة وهذا المنع لأن بقاء عين العقار أصون من حفظ ثمنه .

أما أموال القاصر المنقولة فيجوز بيعها وحفظ ثمنها .

١١٢ — (ب) — في الاحكام القانونية :

١) — في ظل الأحكام القانونية في سورية تخضع العقارات والحقوق العينية فيها والتصرفات المتعلقة بها للنظم والأحكام العقارية الخاصة ، ومن أهمها مبدأ « علانية العقود » الذي يقضي بوجوب تسجيلها في السجل العقاري ، واعتبار جميع العقود التي تعقد دون تسجيلها في السجل العقاري عديمة الأثر ولا حجة فيها على الأشخاص الثالثين (غير العاقدين) إلا من تاريخ تسجيلها في السجل العقاري ، كما هو مفصل في مواضعه من القوانين العقارية ، وخصوصاً لدينا المادة / ٢٠٤ / من نظام الملكية العقارية ذي الرقم / ٣٣٣٩ / (التي أصبحت المادة / ٨٢٥ / في القانون المدني) ، وكذا المادة / ١١ / من القرار ذي الرقم /١٨٨/ المتعلق بالتسجيل العقاري .

أما المنقولات فتخضع مباشرة للاحكام المدنية العامة لا لنظام خاص ،

= وعند محمد يتخير المالك بين تضمين الغاصب وتضمين المتلف . فاذا اختار تضمين الغاصب يرجع هذا على المتلف بما ضمنه لأنه يملكه الغاصب بضمان قيمته ملكاً مستنداً الى تاريخ الغصب ،أي يكون لملكه بالضمان أثر رجعي،فيكون الاتلاف قد وقع على ماله . (ر : بدائع الصنائع ، كتاب الغصب ج ٧ ص / ١٤٣ و ١٤٦ و ١٤٨ / ، والهداية أيضاً ، وغيرهما) .

ولا يشملها مبدأ العلانية ، فلا يجب في عقودها التسجيل[1] .

حتى انه في العقد الواحد كالرهن :

– اذا كان المرهون عقاراً يكون تابعاً لأحكام الرهن في القانون العقاري : فيتم رهنه بمجرد وضع اشارة الرهن في صحيفة العقار من السجل العقاري دون حاجة الى قبض ، ولا يسقط الدين بهلاكه وهو مرهون ؛ خلاف المقرر من شرائط الرهن وأحكامه الشرعية في نظر الفقهاء .

– وإذا كان المرهون مالاً منقولاً طبقت فيه أحكام الرهن العامة في القانون المدني كما يرى في موضعه من عقد الرهن :

٢) – قوانين الايجار التي تعاقبت في هذه البلاد منذ سنين لتحديد حرية المؤجرين في الايجار وفي الأجور ، وتمديد عقود الايجار للمستأجرين ومنع تخليتهم إلا بأسباب معينة رعاية لظروف زمنية باسم النظام العام ، كل تلك القوانين إنما تتعلق بايجار العقار ولا تسري على ايجار المنقولات ، بل يخضع ايجار المنقولات لأحكام الإجارة العامة .

٣) – فيما يتعلق بأصول المحاكمات واختصاص المحاكم قد يختلف مرجع الدعوى بغير المنقول عن مرجع الدعوى بالاموال المنقولة كما هو معروف في قانون أصول المحاكمات الحقوقية .

---

(١) – على أنه قد يفرض قانوناً لزوم التسجيل في عقود بعض المنقولات على سبيل الاستثناء لاعتبارات تقضي بها المصلحة العامة الزمنية في نظر الحكومة ، كما في السيارات اليوم ؛ فان بيع السيارة يجب تسجيله في السجل المخصوص في ادارة المواصلات ، والعبرة لقيود هذا السجل في تعيين المكلف القانوني بالضريبة المالية عليها ، فالرسوم المالية المفروضة عليها تستوفى من صاحب الملكية الرسمية المسجلة باسمه .

فالمحكمة المختصة في دعوى العقار هي المحكمة التي في منطقتها يقع العقار؛ أما في دعوى المنقول فمحكمة مقام المدعى عليه .

٤) ـ عندما تلجأ دوائر التنفيذ الى بيع أموال المدين لوفاء دين محكوم به تبدأ ببيع أمواله المنقولة بمقتضى أحكام قانون الاجراء ، ولا تبيع عقاره الا إذا لم تكف أمواله المنقولة .

٥) ـ إزالة الشيوع الجبرية كانت تختص بالعقار ، ثم عممت لدينا أخيراً على المنقول المشترك تعديلًا لقانون حكام الصلح الذي يجعل دعوى ازالةالشيوع من اختصاصهم[١] .

الفرع الخامس

في العين والدين

١١٣ ـ يتشعب البحث في هذا الفرع الى ثلاثة مباحث :

الأول) ـ في موقع الدين من أقسام المال ، وتعريف العين والدين .

الثـاني) ـ نتائج التمييز بين العين والدين .

الثالث) ـ في نظرية الذمة وخصائصها .

---

(١) ـ بعد الوحدة التي قامت بين مصر وسورية سميت محاكم الصلح لدينا . « المحاكم الجزئية » بمقتضى قانون السلطة القضائية الجديد الموحد جرياً على الاصطلاح المتعارف في مصر .

المبحث الاول

موقع الدين من أقسام المال

ـ تعريف العين والدين ـ

١١٤ ـ المال ، بالمعنى الاصطلاحي في نظر فقهاء الحنفية ، لا يمكن تقسيمه الى عين ودين ، لأنه كما رأينا في الفقرات / ٣٥ و ٣٦ و ٣٧ / لا يكون الا أعياناً .

فالديون في الذمم هي حقوق شخصية مملوكة لأصحابها ، والتزامات على من هي في ذممهم[١] .

يقول الفقهاء الحنفيون : « ان الدين هو : **وصف في الذمة** » .

واختلفوا هل يعتبر ملكاً لصاحبه وهو في الذمة ، أو لا يعتبر لانه مجرد

---

(١) ـ يعبر الفقهاء عن معنى الالتزام بوجه عام بلفظ « **الحق** » الذي يشمل عندهم جميع الحقوق المالية وغير المالية ، ويتناول من الحقوق المالية الحقوق العينية والحقوق الشخصية جميعاً . (رسالة الدكتور شفيق شحاتة « نظرية الالتزام العامة في الشريعة الاسلامية » ف / ٢٥٤) .

فهم قد غلبوا لفظ « **الحق** » على ناحيتي الرابطة الالتزامية ، على عكس اصطلاح نظرية الالتزامات التي غلب فيها لفظ « **الالتزام** » على الناحيتين (ر : ما تقدم ف / ٢٥)

وقد يستعمل الفقهاء لفظ « **الواجب** » في معنى الالتزام من ناحيته السالبة أي من ناحية المكلف الملتزم ، فيقولون مثلاً : « **من عليه الواجب** » للتعبير عن الملتزم .

وصف شرعي ؟

وقد رجحوا النظر الاول فقالوا :

« الحق انه يملك ، ولذا جازت هبة الدين للمدين وهي تمليك ، واعتبر الدين المشترك من قبيل شركة الملك ، حتى لو أخذ أحد الشريكين فيه من المدين شيئا عن حصته يشاركه فيه الآخر . »

(فتح القدير أول كتاب الشركة) .

ونحن هنا إنما نتكلم عن الدين بمناسبة تقسيم المال ، لا باعتبار أنه من أقسام المال الاصطلاحي عند الفقهاء الحنفية ، بل باعتبار ان الدين يقابل العين المالية كما تقابلها المنفعة .

على أن الفقهاء قد يصفون الدين بأنه « مال حكمي[1] أي شيء اعتباري يملكه الدائن وهو موجود في ثروة المدين ، فيصح أن يقال ان الدين عند الفقهاء مال من حيث المآل .

وقالوا : ان من أوصى بثلث ماله وله دين وعين يدخل الدين أيضاً في وصيته على الرأي الراجح (رد المحتار باب الوصية بثلث المال) .

ومن جهة أخرى ، نرى ان الديون تعتبر أموالا في مذاهب فقهية اخرى وفي الأحكام القانونية التي تدخل في زمرة الاموال الحقوق والمنافع وكل ما تعورف تداوله بين الناس (ر : ف / ٧٢) .

وكذلك يجوز حجز الدين في ذمة مدين المدين لمصلحة دائن الدائن بمقتضى احكام التنفيذ القانونية كما تحجز الاموال العينية ، فيترتب عندئذ على مدين المدين ان يفرغ ذمته في يدي دائن دائنه لا في يدي دائنه .

١١٥ ـ تعريف العين والدين :

---

(١) ـ ر : « الاشباه والنظائر » لابن نجيم . ج ٢ الفن الثالث ص/٢٠٩ .

العين هي : **الشيء المعين المشخص** ، كبيت ، وحصان ، وكرسي ، وصبرة حنطة ، وصبرة دراهم حاضرتين ، فكل ذلك من الاعيان (المجلة / ١٥٩).

ويفهم مما تقدم في الفقرة / ٦٩ / وما بعدها ان الاعيان تنقسم الى أعيان ذات قيمة فتكون مالا ، وغير ذات قيمة فلا تكون مالا .

وذات القيمة تنقسم الى متقومة ـ أي مباحة الانتفاع شرعاً ـ وغير متقومة ، كما تنقسم الى مثلية وقيمية ، والى منقولة وغير منقولة .

أما الدين فهو : **ما يثبت في الذمة** ، كمقدار من الدراهم في ذمة رجل. (المجلة / ١٥٨)[١] .

---

(١) ـ في هذه المادة من المجلة تعميم للفظ « **الدين** » على أحوال أخرى في اصطلاح الفقهاء اذ قالت ما نصه :

« الدين ما يثبت في الذمة كمقدار من الدراهم في ذمة رجل ، ومقدار منها ليس بحاضر ، والمقدار المعين من الدراهم أو صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الافراز ، فكلاهما من قبيل الدين ».

والمراد بالحالة الأخيرة المقدار المعين كمية على وجه الشيوع ، كالنصف والربع مثلاً ، لا المعين ذاتاً ، بدليل قولها « قبل الافراز » فان المعين ذاتاً يكون مفرزاً .

ولا يخفى ان ما سوى الثابت في الذمة هو من قبيل **الاموال المادية** ، لأنه في الحقيقة أعيان .

فالنصف الشائع من مال مثلي لا يخرجه شيوع الملكية عن كونه عيناً مالية ، وانما يجعله الشيوع غير متميز عن سواه . فتسميته ديناً هو مجرد اصطلاح بسبب مثليته وعدم تميزه ، فهو داخل في الأعيان المالية ، وليس هو المقصود بكلمة « **الدين** » في موضوع بحثنا ، لان بحثنا موضوعه الدين الثابت في الذمة =

والدين في الفقه الاسلامي يعبر به في الأصل عن الناحية السالبة في الالتزام النقدي أو ما في حكمه ، أي عن الالتزام الملتزم بدفع نقود وما في حكمها من الأموال المثلية التي تثبت في الذمة ، كمن اقترض مثلياً أو اتلفه فانه يكون ملتزماً بمثله ديناً في ذمته ، وعليه وفاؤه من أي الأموال العينية المماثلة الثابت في الذمة (ر : ف/٩١) .

على أنه قد يستعمل لفظ « **الدين** » للتعبير عن الناحية الموجبة في الالتزام ، أي ناحية الملتزم له وهي « **الحق** » إذا كان أيضاً محل الالتزام مبلغاً من النقود أو أشياء مثلية ، فيقال : **لفلان على فلان دين** أي حق مالي ثابت في ذمته .

وأغلب مصادر الديون هي تارة **العقود**، كالقرض والبيع والكفالة والصلح والنكاح ، الخ ... ؛ وتارة **الفعل الضار** كما في دين التعويض عن المتلفات ،

= فلذا لم نأخذ من تعريف المجلة للدين الا الحالة الاولى ، لانها محل البحث في مقابل العين .

على انهم قد يخصون العين في بعض كلامهم بالدراهم والدنانير الحاضرة دون سواها من الاعيان . ففي رد المحتار من باب الوصية بثلث المال فيما لو أوصى أحد بألف وله دين وعين ما نصه :

« قال ابو يوسف : العين الدراهم والدنانير ، دون التبر والحلي والعروض والثياب . والدين كل شيء يكون واجباً في الذمة من ذهب أو فضة أو حنطة ونحو ذلك » .

فهذه اصطلاحات استثنائية ، والاصطلاح الفقهي العام في معنى « **الدين والعين** » هو ما اقتصرنا عليه في متن هذا الكتاب .

وضمان المغصوب[1] .

المبحث الثاني
في نتائج التمييز بين الدين والعين

١١٦ – يترتب على التمييز بين الاعيان المالية والديون نتائج هامة في الأحكام الفقهية العملية ، نشير إليها إجمالاً فيما يلي :

١) – الديون أمور اعتبـارية محلها الذمم التي تشغل بالتزاماتها[1] . وليس لها وجود خارجي .

أما الاعيان المالية فهي أموال ذات وجود خارجي .

على أن الديون إنما توفى التزاماتها بدفع الاعيان المالية المثلية من جنسها في مقابلها .

٢) – الديون لايكون محلها مالاً مثلياً .

وذلك لان المال المثلي هو الذي يقبل الثبوت في الذمة بسبب أن له أمثالاً يمكن المطالبة بادائها عنه عيناً .

= فهذه اصطلاحات استثنائية ، والاصطلاح الفقهي العـام في معنى « الدين والعين » هو ماقتصرنا عليه في متن هذا الكتاب .

(١) – تقـــدم ان الفقهاء يميزون بين عنصري الالتزام بالدين ، وهما : أصل الدين ، والمطالبة به ، وانهما قد يجتمعان ، وقد ينفك أحدهما عن الآخر ، فلينظر (ف / ٣٦) .

أما الاعيان فمنها المثلي ومنها القيمي . وان القيمي منها لايثبت في الذمة، وإنما يتعلق الحق بعينه ، وقد ينتقل الحق عن عينه الى قيمته فتثبت عندئذ في الذمة كما تقدم (ف/٨٨) .

وقد استثنى من هذا العموم بعض أموال قيمية اعتبر الفقهاء لها ثبوتاً في الذمة في بعض العقود . فقد سوغوا أن تكون المصنوعات القابلة لضبط صفة ومقداراً كالثياب والاحذية والمفروشات ونحوها موضوعاً لدين ، فتثبت في الذمة عندما يكون الالتزام إلى أجل ، كما في بيع السلم والاستصناع .

أما الحيوان فانه لا يكون ديناً ، لتفاوته ، وإنما يمكن ورود الالتزام على أفراد معينة منه ، على سبيل الالتزام بالعين ، أي الالتزام بتسليم عين معينة كما تقدم بيانه في بحث موضوع الالتزام (ف/٣٩))

على أنهم قد استثنوا المهر في عقد النكاح فأجازوا أن يكون حيوانا أو غيره من القيميات معيناً بنوعه لابذاته . ويعتبر ديناً على الزوج ، ويلزمه المتوسط من افراد نوعه في الجودة والرداءة . (ر : الدر المختار ورد المحتار في باب المهر) . والعلة في هذا التسامح ان المال ليس هو الغاية المقصودة في عقد النكاح .

٣) – الديون الثابتة في الذمم لاتقبل القسمة الا بعد أن تقبض .

وعلى هذا لايحق لأحد الشركاء في الدين المشترك أن يستأثر بما قبضه من الدين في مقابل حصته ، بل يكون لشركائه في الدين أن يقاسموه في المقبوض بحسب حصصهم (المجلة /١١٠١ – ١١٠٥) إذ لو اعتبر ان القابض إنما قبض حصته فقط لكان ذلك اقتساماً للدين المشترك في الذمة[1] . وهو فيها وصف شاغل، فلايقبل

---

(١) – **الدين المشترك** : هو ماثبت لاشخاص متعددين في ذمة آخر بسبب واحد ، كالارث ، وكما لو باع اثنان مالاً مشتركا بينهما لآخر صفقة واحدة

القسمة الا بعد القبض .

٤) ـ **الديون في الذمم لاتعتبر محلاً صالحاً لعقود التمليك والمعاوضة .**

فلو باع انسان من آخر دينه الذي على ثالث فالبيع باطل ، وكذا لو وهبه دينه الذي على شخص لم تجز الهبة ؛ إلا ان يوكله بقبضه ، فحينئذ يقبضه من المدين بحكم الوكالة ، ثم يملكه بحكم الهبة ، كما تقدم (ف /٣٥) .

وعن هـــذا لم يسوغوا مخارجة أحد الورثة عن حصته من تركة لها دين ، لأن هذا التخارج يشتمل على بيع الدين ، وإنما يجب ان تقتصر المخارجة على ماسوى حصته من الدين .

على أنه قـد استثنى من ذلك بيع الدين للمدين نفسه بمال آخر يـدفعه إلى الدائن لأنه عندئذ في معنى الوفاء .

وكذلك استثنوا هبة الدين للمدين نفسه لانها في معنى الابراء والاسقاط .

والقاعدة في هذا عند الفقهاء أنه «**لايجـــوز تمليك الدين لغير من عليه الدين**» (الدر المختار أول فصل التخارج من كتاب الصلح) .

وفي هذا تحديد من قابلية انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة ـ أي حوالة الحق ـ ففقهاء الحنفية لم يسوغوا ذلك إلا بطريق الحوالة فقط .

فالشخص الذي له وعليه دين يستطيع أن يحيل دائنه على مدينه ، ولكنه لايستطيع أن يبيع دينه بيعاً لأحد غير المدين[1] .

=فيكون الثمن ديناً مشتركا بينهما ، أما لو باعـه كل منهما حصته بعقد مستقل فلا شركة بل يختص كل بدينه . وقد تقدم ذكره وبيانه في عدة مناسبات من الجزء الاول من المدخل الفقهي العام (ر : ف /١٦ و ١١٥) .

(١) ـ والحوالة ليست بيعاً للدين ، وانما هي نقل غير نهائي للمطالبة بـه (في حوالة الحق) ، أو للالتزام بأدائه (في حوالة الدين) . فان تعذر قبض =

وهذا ماأوهم بعض الباحثين أنحوالة الحق في الفقه الاسلامي ، وخاصة في الاجتهاد الحنفي ، غير جائزة كما تقدم . (ر : ف /٣٢) .

وقد قدمنا هناك بيان الفرق بين البيع وطريق الحوالة في هـذا الموضوع [1] .

٥) ـ عقد الحوالة لايجري الا في الديون دون الاعيان، لان الاعيان انما تستوفى بذواتها لابأمثالها كما تقدم .

ولكن الاعيان يمكن أن ينيب صاحبها غيره في قبضها إنابة .

٦) ـ الديون يجري فيها التقاص :

ومعناه أنه اذا ثبت للمدين عند الدائن مثل ماللدائن عليه جنساً وصفة مع توافر شرائط مبسوطة في مواطنها من كتب الفقه امتنعت المطالبة بينهما فكأنما اصبح كل منهما مستوفياً لدينه .

أما الاعيان فلا تجري فيها المقاصة . فلو كان لكل من شخصين عند الآخر عين مغصوبة وهما متماثلتان كان لكل منهما أن يطالب الآخر بالعين التي تخصه

= الحوالة يرجع المحال على المحيل كما تقدم ايضاحه في الباب الاول (ر:ف/٣١).

(١) ـ يجب أن يلاحظ في هذا الصدد ان نصوص القانون المدني الجديد (وقبله المادة / ٥٤ / من قانون الاصول الحقوقية السابق) لدينا تقتضي صحة بيع الدين لغير من هو عليه في جميع صوره من مخارجة أو غيرها ، لان الناس تعارفوا اعتبار الديون أموالاً يتعاقدون عليها كما تقدم .

وهذا أيضاً مقتضى نصوص القانون التجاري في اسلوب حوالة اسناد الامر وهو ماتدعو اليه الحاجة التجارية .

٧) ـ الديون انما تقضى بامثالها على سبيل التقاص ، أما الاعيان فانما تستوفى بذواتها .

(ر : رد المحتار أواخر فصل التصرف في المبيع والثمن والحط منها ، وفي أوائل باب الوكالة بالخصومة والقبض) .

وإيضاح ذلك : أن الدين في الذمة هو تكليف شاغل لها وليس متعلقاً بمال معين للوفاء منه . فاذا وفى المدين دينه فليس معنى ذلك أن الدين الذي كان في ذمته قد سقط . بل حقيقة الوفاء أن المدين قد أصبح بالوفاء دائناً لدائنه بمثل دينه[1] ، فيقع التقاص وتمتنع المطالبة بينهما لعدم فائدتها ، إذ لو طالب أحدهما الآخر حق للآخر مطالبته بالمثل . (ر: رد المحتار ، كتاب الأيمان ٣/ ١٣٨).

وقد رتب الفقهاء على هذا صحة الابراء بعد الوفاء لأنه يلاقي ديناً قائماً في الذمة . فلو أبرأ الدائن مدينه ابراء اسقاط من بعد ما استوفى منه الدين حق للمدين أن يستعيد من الدائن ما كان استوفاه منه ، لأن ما ثبت للمدين بالوفاء في ذمة الدائن لم يبق له مقابل للدائن في ذمة المدين بعد الابراء ليدوم حكم التقاص .

ولو كان الدين يعتبر بالوفاء ساقطاً سقوطاً والذمة منه فارغة لوجب إلغاء الابراء بعده ، إذ لا يمكن إسقاط الساقط أو تفريغ الفارغ لأنه من قبل تحصيل الحاصل (ر : الاشباه والنظائر لابن نجيم مع حاشية الحموي ، الفن ٣ ص ٢٠٩ و ٢١٠) .

أما الأعيان فلا يتأتى فيها هذا الاعتبار ، إذ العين التي يستحقها أحد بسبب من الاسباب إنما يستوفيها ممن هي في يده بذاتها ، لأنها متعينة وليس محلها الذمة حتى تقضى بمثلها ، وانما محلها اليد التي هي في حوزتها .

---

(١) ـ وذلك نظير طريقة الحساب الجاري في المعاملات التجارية .

٨) - الابراء انما يتعلق بالديون ولا يتعلق بالاعيان (الدر المختار ، فصل التصرف بالمبيع والثمن) .

وذلك لأن الابراء إسقاط ، وملكية الاعيان لاتقبل الإسقاط – كما أوضحناه في نظرية الملكية من الجزء الاول – وإنما تقبله طائفة من الحقوق منها الديون .

وعلى هذا فرع الفقهاء فروعاً كثيرة ، منها أن المغصوب منه إذا أبرأ الغاصب عن العين المغصوبة فانما يبرأ عن ضمانها فقط ولا يملكها ، فتبقى أمانة في يده للمالك .

ومثله ما لو أبرأ المودع الوديع عن عين الوديعة لم يكن لهذا الابراء من حكم .

أما لو هلك المغصوب في يد الغاصب فأصبح ملتزماً بقيمته أو مثله ، فان ابراءه عما ثبت في ذمته يصح ، لأن التزامه اصبح دينا ، والديون يسقطها من الذمم الابراء .

وقالوا : ان البائع اذا حط عن المشتري بعض الثمن الذي في ذمته صح الحط ويلزم المشتري بالباقي فقط ، بخلاف ما لو حط المشتري عن البائع بعض المبيع المعين، فان الحط لايصح ، لانه إسقاط لايجري في الاعيان (الدر المختار كتاب البيع ، فصل التصرف بالمبيع والثمن) .

٩) – ان الدعوى بالعين لاتقام الا على ذي اليد (م / ١٦٣٥) .

لأن الأعيانّ لايمكن أن يكلف بتسليمها من ليست في حوزته . أما الدعوى بالدين فانها يمكن ان ترفع على غير المدين ، لامكان وفاء الدين واستيفائه من غير المدين الاصلي فإذا أصبح الشخص مسؤولاً بدين غيره لسبب من الاسباب الشرعية جاز للدائن مطالبته قضاء كما يطالب المدين الاصلي : فيطالب بالدين المكفول

والكفيل ، ويطالب بقيمة المغصوب الغاصب وغاصب الغاصب ومن في حكمه كالمشتري من الغاصب اذا أتلف المغصوب [1] (ر : ف/٦/ والمجلة / ٩١٠) غير أن تضمين غاصب الغاصب يستقر عليه ، أما تضمين المشتري من الغاصب فيسوغ له الرجوع على الغاصب .

---

(١) — اذا تداولت الايدي المغصوب فهلك، فان المالك تضمين مثله أو قيمته أياً شاء من الغاصب الاول ، أو غاصب الغاصب، او من في حكمه كالمشتري منه . وأما اذا كان غير هالك بل قائماً عند ذي اليد الاخيرة فان ذا اليد غير مسؤول بالضمان بل بالعين مادامت عنده . كما أن غير ذي اليد من الغاصبين ومن في حكمهم غير مسؤول بالعين لخروجها من يده ، بل هو مسؤول بضمانها .

وعلى هذا فللمالك الخيار بين أن يتتبع العين فيدعي بها على ذي اليد الاخيرة فقط ، وان يتركها فيدعي بضمانها على أي غاصب خرجت من يده لانه مسؤول بمجرد الغصب . وهذا مايوجبه نص المادة / ١٦٣٥ / من المجلة ؛ فان دعوى الضمان بالقيمة على الغاصب الاول صحيحة وان كانت العين المغصوبة في يد غاصب الغاصب (ر : مرآة المجلة نقلاً عن النوع الخامس عشر من دعوى « البزازية » ؛ وشرح المجلة للاتاسي نقلاً عن جامع الفصولين ؛ وكذا شرح سليم الباز تحت المادة/١٦٣٥).

وقد جرت في هـذه القضية مناقشة في مصر بيني وبين جماعة من كبار الاساتذة الفقهاء : فقد كان رأيهم ان المغصوب مادام قائماً غير هالك في يد الغاصب الاخير او من في حكمه كالمشتري من الغاصب فان حق المالك المغصوب منـــه منحصر شرعاً في تتبع العين فقط ، فيدعى بها على ذي اليد الاخيرة ، وليس له أن يختار تركها وتضمين الغاصب الاول مثلها اوقيمتها ، لان الموجب الاصلي رد العين ، وانما التضمين خلف عنها فلا يصار اليه مع وجود العين .

وقد اجبتهم بأن هذا صحيح بالنسبة الى ذي اليد ، فلا يدعى عليه بالتضمين مع وجود العين المغصوبة في يده . فاما بعد خروجها من يده فيجوز للمالك =

١٠) – نتائج فرعية أخرى :

هذا ، وان هناك احكاماً فرعية سوى ماتقدم من القواعد والاسس في ثمرات التفرقة بين العين والدين يعسر استقصاؤها :

فمن ذلك مثلا ان الاقرار قد يعتبر ماساً بحق الغير فلا ينفذ ، او يعتبر

= تضمينه ، ولا يمنع من ذلك وجود العين في يد غيره ، فان الغاصب الاول مسؤول بمجرد الغصب ، ولا تسقط مسؤوليته بخروج المغصوب من يده بغصب او بيع او غيرهما ، وانما تتحول من مسؤولية بالعين الى مسؤولية بالضمان ، لان دعوى العين لاتقام الا على ذي اليد . فيكون المالك مخيراً بين تتبع العين لدى ذي اليد الاخيرة ، وبين تضمين اي غاصب خرجت العين من يده .

على انه لو انحصر حق المغصوب منه في تتبع العين لدى ذي اليد الاخيرة لضاع حقه ، إذ قد ينقلها هذا الى بلد آخر او يعطيها شخصاً آخر كلما ادعى بها المالك فتمتنع خصومته . وهذا خلاف منطق الاحكام الفقهية .

ثم وجدت النصوص الآنفة الذكر كما قلت .

وبهذه المناسبة اذكر انه وقع خطأ في نقل المادة / ١٦٣٥ / من المجلة في بعض نسخ المتن والشروح ، فقد نقلت في شرح الباز وشرح الاستاذ سعيد المحاسني بالنص التالي :

« الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط . مثلاً اذا غصب أحد فرس الآخر وباعه لشخص آخر ، واراد صاحب الفرس استرداده فلا يدعيه الا على الشخص الذي هو ذو اليد . وأما اذا أراد ذو اليد تضمينه قيمته فيدعي ذلك على الغاصب » اهـ .

وصواب العبارة هكذا « وأما اذا أراد تضمين قيمته » أي أراد صاحب الفرس (لا ذو اليد) ، وهو الموافق بالحرف للأصل التركي المترجم عنه المنقول في مرآة المجلة .

قاصراً أثره على المقر فينفذ ، وذلك بحسب اختلاف تعلقه بعين او دين .

فقد نص الفقهاء على انه : لو ادعي شخص انه وكيل عن دائن غائب بقبض دينه ، فأقر المدين بوكالته ، يؤمر بدفع الدين اليه عملاً باقراره .

اما لو اودع احد شيئاً عند آخر وغاب، فادعي شخص انه وكيل الغائب في قبض وديعته ، فأقر له الوديع بالوكالة فان مقتضى القياس الظاهر على مسألة قبض الدين ان يلزم الوديع بتسليم الوديعة اليه .

لكن الفقهاء تركوا هذا القياس الظاهر ، وقرروا بطريق الاستحسان عدم الزام الوديع بتسليم الوديعة الى زاعم الوكالة ولو كان الوديع مقراً بوكالته ، ذلك لأن حـــق المودع في وديعته حق عيني وهو الملكية المتعلقة بعينها . ومن المحتمل أن يحضر وينكر التوكيل بالقبض ، فتكون وديعته قد ذهبت وربما لايمكن استردادها .

بخلاف صورة الدين ، فان حق الدائن فيها متعلق بذمة المدين ، لابعين المبلغ الذي يدفعه هذا المدين الى زاعم الوكالة بالقبض. فاذا حضر الدائن فأنكر التوكيل المزعوم يتبين أن الدفع السابق لم يكن وفاء صحيحاً المدين ، لعـــدم ثبوت وكالة القابض ، فيكون حق الدائن باقياً على حاله في ذمة المدين ، فيكلف بالدفع ثانية الى الدئن ، وله حق الرجوع على القابض ليسترجع منه مادفعه اليه .

وإيضاح ذلك أن عملية وفـاء الدين بالنظر الفقهي وفي الواقع هي أن المدين يدفع من مال نفسه مايعادل الدين ، ولا يعيد الى الدائن عين ماله الذي استدانه منه . وهـذا معنى أن الديون تقضى بامثالها كما تقـدم باقراره بوكالة القبض هو اقرار على نفسه ، فينفذ عليـه ويقضى عليه بموجبه . فاذا لم تثبت الوكالة فيما بعد كان هو المفرط في مال نفسه باقراره لزاعم الوكالة .

أما الوديعة فلأن حق مالكها متعلق بعينها ذاتها لابذمة الوديع يكون

اقرار الوديع بوكالة قبضها إقراراً بلزوم تسليم مال غيره الى شخص ثالث ، فهو اقرار على غيره لا على نفسه ، والاقرار حجة قاصرة لايسري على غير المقر . فلو انفذناه هنا كان تفريطاً في حق المالك المودع بمجرد اقرار الوديع (ر: ج١ ف / ١٦ و ٦٦٧ / والدر المختار ورد المحتار ، باب الوكالة بالخصومة والقبض ٤١٣/٤ - ٤١٤) .

وهذا في الحقيقة من الصور الدقيقة في تمييز الفقهاء بين عينية الحق وشخصيته مما سلف إيضاحه في الفصل الاول (ر : ف / ١٥) .

المبحث الثالث

نظرية الذمة وخصائصها في نظر الفقه الاسلامي

١١٧ - « إن فكرة الدين ، كما رأينا ، ترتكز في الواقع على فكرة الذمة » .

وبهذه المناسبة رأينا أن نبحث هنا عن الذمة بحثاً يكشف عن حقيقتها وخصائصها كشفاً ضرورياً ، ويجلي بعض اشتباهات للانظار فيها .

إن لفظ « الذمة » في الفقه الاسلامي يفيد معنى الوعاء الاعتباري الذي يعي الديون الثابتة على الانسان [١] .

---

(١) - قد يستعمل أيضاً مرادفاً للالتزام النقدي خاصة فيقال : ان لفلان على فلان ذمة ، أي أداء مبلغ من النقود .

وقد يتساهلون في استعمال لفظ « الذمة » فيريدون به معنى أهلية الوجوب التي تكون للشخص ، أي صلوحه لثبوت الحقوق له وعليه ، وسننبه الى ذلك وننقده .

وهذا المعنى الشرعي للذمة قائم على أساس معناها اللغوي في العربية .

فالذمة والذمام في أصل اللغة بمعنى العهد، وسمي بذلك لأن نقضه يوجب الذم . ومن ذلك قول النبي ﷺ في حديث شريف :

« المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم » .

أي اذا أعطي أحد المسلمين عهداً للعدو بالأمان سرى ذلك على جميع المسلمين فليس لهم أن يخفروا عهده . ومن ثم أيضاً كان من يستوطنون في دار الاسلام من غير المسلمين على عهد معهم بالأمان ، يسمون ذميين أو أهل الذمة أي أهل العهد والأمان . (ر : النهاية لابن الاثير) .

ولما كان على الانسان الوفاء بذمته وعهده كانت الذمة بمعنى العهد كان منشأ الاستحقاق بالنسبة الى الطالب أي صاحب الحق ومنشأ الالتزام بالنسبة الى الملتزم المسؤول بالحق ، وكانت الذمة بهذا المعنى مناطاً للطلب ، فحيثما توجد ذمة وعهد يتوجه الطلب .

ثم اعتبرت محلا للواجبات المالية والدينية على السواء .

وهذا هو أساس استعمالها عند فقهاء الشريعة في معناها الاصطلاحي ، فهو يتصل بذلك المعنى اللغوي اتصالا وثيقاً .

١١٨ – نقد التعاريف الفقهية المأثورة للذمة ، والفرق بينها وبين الاهلية .

اختلف الفقهاء وعلماء الفقه في مختلف المذاهب في تعريف الذمة . ومما عرفوها به أنها :

« وصف شرعي يصير به الانسان اهلا لما له وما عليه » .

(تنقيح الاصول ، لصدر الشريعة ١٥٢/٣) .

وقيل أيضاً أنها :

« أمر شرعي مقدر وجوده في الانسان يقبل الالزام والالتزام »
(حاشية الحموي « على الاشباه والنظائر » ، الفن ٣ ص / ٢١٠) .

ومعني ذلك أنها شيء أو وصف افترضه الشارع وتقديراً في الشخص ، به يصبح قابلا لان يكون ملتزماً أو ملـتزماً له ، أي مستحقـاً أو مسؤولا ، وقابليته لذلك هي أن يصير صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات .

وهناك عدة تعاريف أخرى للذمة ذكرها فقهاء المذاهب قريبة في المآل من هذين التعريفين (ر : كتاب « الحق والذمة » للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص /٨٦/ الطبعة الاولى) .

وهذه التعاريف وأمثالها للذمة انما تجنح بها كما نرى الى شاطىء الاهليـة ، اهلية الوجوب ، فان الاهلية شرعاً نوعان .

— أهلية وجوب ، وهي قابلية الانسان لان تثبت له او عليه .

— وأهلية أداء ، وهي صلاحيته الشرعية لممارسة الاعمـال بحيث تصح تصرفاته .

أما الذمة في الحقيقة ، فانها تدل على معنى الظرفية المقـــدرة في الانسان لاستيعاب ما يثبت عليه من حقوق .

وايضاح ذلك : ان أهلية الوجوب في الانسان ذات عنصرين ، وهما :

— قابليته لثبوت الحقوق له ، أي صلاحيته للالزام .

— وقابليته لثبوت الحقوق عليه ، أي صلاحيته للالتزام .

أ) — فناحية ثبوت الحق للانسان تتوقف على أهليه فيـه لان تجب له حقوق أي على العنصر الاول من أهلية الوجوب . وهذا العنصر يثبت له منـذ كونه جنينـــاً في بطن أمه باجماع الفقهاء ، ولا يستدعي وجـوب ذمـة مقدرة في شخصه ، لان الحق له لا عليه .

ب) – وأما ناحية ثبوت الحق على الشخص ، أي ناحية الالتزام فانها فانها تتوقف على أمرين اثنين :

– أحدهما : أهلية في الشخص لان تجب عليه حقوق أي قابلية التحمل ، وهو العنصر الثاني من اهلية الوجوب . وهذا يثبت له منذ ولادته حياً [1] .

– وثانيها : محل مقدر يتسع لاستقرار تلك الحقوق فيه . اي ظرف اعتباري منتزع من شخص الانسان تشغله تلك الحقوق حال ثبوتها ، ويفرغ منها بسقوطها .

وهذا الامر الثاني ، اي المحل ، هو المعنى الحقيقي لكلمة « **الذمة** » فقهياً

١١٩ – وهذان الامران اللذان يتوقف عليهما تصور الالتزام هما متلازمان في الوجود متغايران في المفهوم ، فانه يلزم من كون الشخص اهلا لتحمل الحقوق ان يكون في شخصه مستقر ومستودع لها ، وبالعكس .

فمتى اعتبرت للشخص اهلية التحمل شرعاً اعتبرت له ذمة ، ومتى اعتبرت له اهلية تحمل ، ولكن ليست تلك الاهلية هي الذمة نفسها ، تلك الاهلية هي الذمة نفسها ، بل بينهما من الفرق ما بين معنى القابلية ومعنى الحل .

دليل هذا التغاير من نصوص الفقهاء :

ويدل على ان هذا التغاير مع التلازم بين مفهومي الذمة واهلية التحمل ان الفقهاء في عباراتهم انما يصورون الحق والذمة في صورة الشاغل والمشغول فيقولون : « **ان ذمته مشغولة بكذا** » ، ويقولون : « **ان الدين في الذمة وصف شاغل لها** » (ر : ف/٦١) .

---

(١) – وبهذا يكمل فيه معنى اهلية الوجوب بعنصريها ، اي قابليته لثبوت الحقوق له وعليه . اما اهلية الاداء فتظل معدومة فيه حتى سن التمييز التي تبدأ فيها اهلية الاداء ناقصة ، ثم تتكامل ببلوغ الرشد .

فهذا يفيد ان الذمة غير أهلية الوجوب التي هي مجرد قابلية . فلا يصح ان يقول مثلا « ان اهليته او قابليته مشغولة بالدين » .

فالذمة في اصطلاحهم انما تشعر بمعنى الظرفية الاهلية وان كانا متلازمين وجوداً .

وقد تنبه بعض المحققين من الفقهاء والاصوليين الى هذا التغاير بين مفهومي الذمة واهلية الوجوب ، فجاء في كلامهم ما يشير اليه وان لم يوضحوه قصداً ببحث مستقل .

فقد جاء في اصول فخر الاسلام البزدوي وشرحه للشيخ عبد العزيز البخاري (٢٣٨/٤) مانصه :

« ان الآدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب باجماع الفقهاء. اما اهلية الوجوب [١] فهي بناء على قيام الذمة ، اي لا تثبت هذه الاهلية الا بعد وجود ذمة صالحة ، لان الذمة هي محل الوجوب ، ولهذا يضاف اليها ولا يضاف الى غيرها بحال » اهـ .

اي انما يقال : ثبت الدين في ذمة فلان ، ولا يقال ثبت في اهليته كما بيناه آنفاً . فقد افاد كما ترى ان الذمة اساس لاهلية الوجوب ، فهما اذن مفهومان متغايران .

وذكر البزدوي ايضاً بعد قليل في الصفحة /٢٣٩/ :

---

(١) — المراد العنصر الثاني من هذه الاهلية ، وهو قابلية الالتزام الذي تتكامل به اهلية الوجوب ، لان العنصر الاول وهو قابلية الالزام ثابت قبل الجنين في بطن امه باجماع الفقهاء كما تقدم آنفاً .

ان ولي الطفل اذا اشترى بحكم ولايته شيئاً
له بعد ولادته فان الطفل يملكه ويلزمه
الثمن ، اما قبل الولادة فلا لأنه كالجزء من امه
فليس له ذمة مطلقة ، فيكون صالحاً لان
يجب الحق له ، لا لان يجب عليه .

اي انما يثبت الحق له قبل الولادة لان العنصر الاول من اهلية الوجوب (وهو قابلية الالزام) يثبت للجنين منذ علوقه في بطن امه كما تقدم بيانه . ولم تثبت عليه الحقوق ، لان العنصر الثاني (وهو قابلية الالتزام) مبني على قيام الذمة ، وهي لا توجد فيه الا منذ الولادة كما نقلناه عنه آنفاً [1] .

---

(١) على ان كلام بعض الاصوليين لا يخلو من اضطراب في هذا المقام . فبينما نجدهم يصرحون بأن « أهلية الوجوب تعتمد على قيام الذمة » مما يفيد التغاير بينهما اذا بهم أنفسهم يقولون : « ان للانسان قبل الولادة ذمة صالحة للوجوب له لا عليه ، وبعد الولادة له ذمة صالحة للوجوب له وعليه » فيستعملون « الذمة » بمعنى أهلية الوجوب بعنصريها اللذين اوضحناهما . ويعلل صاحب « مرآة الاصول » ذلك بما خلاصته : « ان الله قد ميز الانسان عن سائر الحيوان بخصوصية من قوى ومشاعر كانت سبباً في أهليته لوجوب أشياء له وعليه ، فتلك الخصوصية في المراد بالذمة » (مرآة الاصول شرح مرقاة الوصول للعلامة منلاخسرو ، بحث المحكوم عليه ص/ ٣٢١) فخرج بالذمة عن معني المحلية في الانسان لحقوق غيره عليه الى معنى القوة والخصائص الاعدادية التي تجعل الانسان أهلا لثبوت ماله وما عليه . ولذا اوردوا عليه ان هذا المعنى عندئذ يشتبه بمعني العقل ، وينافي قول الفقهاء : ثبت في ذمة فلان كذا .

فكل ما يصادف من هذا القبيل في اضطراب العبارات عن الذمة منشؤه تساهل بعض العلماء وتوسعهم في استعمال لفظها ، وغفلة بعضهم عن حقيقة معناها الفقهي لصلتها الوثيقة بالاهلية .

ولذلك قلنا في صدر بحثنا : ان الذمة هي وعاء اعتباري يستوعب الديون التي تثبت على الانسان . فلا ارتباط له إلا بالعنصر الثـــاني من عنصري اهلية الوجـوب ، دون العنصر الاول ، لأن الظرف انمـا يحتاج إلى تقدير وجوده للشخص فيا عليه لا فيا له .

١٢٠ - فتعريف الذمة بأنها « وصف او معنى شرعي مقدر في الانسان يقبل الإلزام والالتزام ، او يصير به أهلًا لوجـوب ماله وما عليه » هو ذهاب بالذمة إلى معنى اهلية الوجوب بعنصريها .

وأبعد من هذا عن النظر السديد مابينه القرافي من فقهاء المالكية في كتابه « الفروق » (٣ / ٢٢٦) بعد ماعرف الذمة بنظير تلك التعاريف ، إذ قال :

« وهذا المعني جعله الشارع مسبباً عن اشياء خـاصة منها البلوغ ، ومنها الرشد : فمن بلغ سفيهاً لاذمة له . ومن حجر عليه فقد ذمته كالمفلس» الخ . .

(ر : كتاب « الحق والذمة » ص / ٨٦) .

فقد ذهب القرافي بالذمة الى معنى أهلية الاداء الكاملة التي تشرط لصحة التصرفات ونفاذها ، وتتوقف على البلوغ وتنسلخ بالحجر ، اذ من المقرر أن كلًا من المفلس والمحجور والطفل الوليد غير المميز يتمتع بأهلية وجوب كاملة تثبت بمقتضاها الحقوق له وعليه : فيرث ، ويملك مايوهب له ، ويضمن قيمة مايتلف ، وتجب عليه النفقة لو غنياً .

فقوله بأن الصغير والسفيه والمفلس المحجور عليه لدين لاذمة لهم معناه ليس لهم أهلية أداء تصح معها تصرفاتهم .

وهذا ابعد مايكون عن معنى الذمة ، ولعله اصطلاح للمالكية .

١٢١ - الذمة حقيقة اعتبارية لامادية :

ان النصوص التي نقلناها وناقشناها في تعريف الذمة شرعاً كلها متفقة على

أن الذمة هي أمر مقدر وجوده في الانسان ، ومفترض له افتراضاً .

وهرباً من هذا الافتراض التجأ بعض الفقهاء الاصوليين الى القول بأن الذمة ليست سوى نفس الانسان ، فقال فخر الاسلام البزودي : « ان الذمة نفس لها عهد » .

ثم اوضحه بأن ذلك من قبيل المجاز باطلاق اسم الحال ، وهو العهد على المحل ؛ أي نفس الانسان . ثم شاع هذا الاستعمال فأصبح حقيقة عرفية .

(ر : كشف الاسرار شرح اصول البزدوي ٢٣٩/٤) .

والمقصود بهذا الرأي جعل الذمة أمراً ذا وجود مادي ، حتى لاتكون الاحكام الشرعية مبنية على شيء افتراضي لاوجود له .

والواقع ان هـــذا التأويل لم يخرج اصحابه عن الافتراض ، لأن تعلق الديون بنفس الانسان ليس الا تعلقاً اعتبارياً ، وانما تحولوا به من افتراض المحل الى افتراض التعلق .

وذهب آخرون الى أن تقدير الذمة من الأوهام والترهات ، وان الذمة في لسان الفقهاء لم تخرج عن أصل معناها اللغوي وهو العهد ، فليس معنى قول الفقهاء: « ثبت في ذمة فلان كذا » إلا أنه ثبت بعهده او فيما تعهد به او التزمه . ويكفي لثبوت الواجبات أن الشارع كلفه بها .

ولكن الشيخ عبد العزيز البخاري رد هذا القول في كتابه كشف الاسرار (٢٣٨/٤) وقال انه مخالف للاجماع .

ووجه الرد أن هذا ينتقض بالصغير والمجنون اللذين لايصح منهما عهد مع ان الحقوق تثبت عليهما ولو لم يكن لهما مال، فلذا تستوفى منهما متى امتلكا مالاً .

فتقدير ذمة الشخص على أنها محل لثبوت الحقوق عليه امر لامندوحة عنه . وليس ذلك من قبيل بناء الاحكام على افتراض وهمي بل هو أمر تقتضيه استقامة

منطق الاحكام ، ويتطلبه تخريجها وتأصيلها .

ويدل ذلك على ان الشرائع الوضعية ايضاً تفترض وجودها .

(ر : الحق والذمة ص/ ٨٩ - ٩٠) .

١٢٢ - أقول : ان هذا الافتراض في الذمة يتوقف عليه ايضاً عمل التشريع في بناء بعض النظريات والاحكام الهامة :

أ) - فصحة التزام الانسان بما لاحد له من الالتزامات والديون دون نظر الى قدرته وثروته ، وكذا صحة تصرفاته بماله ولو باخراجه عن ملكه عندما تكون عليه ديون مستغرقة لثروته ، كل ذلك يصبح سهلاً تفسيره وقبوله في التشريع بافتراض ذمة للانسان تكون محلاً واسعاً لثبوت الديون بلا حد ، فتكون يد الانسان في امواله حرة رغم ديونه ، لأن الديون عندئذ حقوق شخصية مكانها ذمته ، ولا علاقة لها بعين امواله .

ولولا تقدير الذمة لوجب ان نعتبر الديون متعلقة بعين أموال المدين وثروته فتشل حركته وفعاليته الاقتصادية ، ولو كان دينه غير محيط بكل ثروته؛ لأن الجزء الكافي منها لوفاء الدين غير معين، فلا مجال لمنع تصرف المدين في بعض ماله واطلاقه في بعض لما يترتب على ذلك من مشكلات كبيرة في التعيين والتخصيص ، وهذا مخالف لمباني التشريع الاسلامي ، والوضعي القانوني .

ب) - ونظرية الشخص الحكمي الآتي بيانها في الفصل الثالث انما تقوم في الفقه الاسلامي والنظر القانوني على تصور شخصية مفترضة غير طبيعية تتمتع بذمة مالية فتعتبر كالشخص الطبيعي في ثبوت الحقوق له وعليه . كما سنرى هناك

فلولا قبول الذمة الافتراضية في الشخص الطبيعي لما أمكن تكوين الشخص الحكمي بالنظر الحقوقي شرعاً ولا قانوناً ، لأن الشخصية الحكمية ذات الذمة هي من اساسها افتراضية اعتبارية ، وليست حقيقية ذات وجود خارجي .

ولا يخفي ان فكرة الشخصية الحكمية أساس في التشريع ، وشأنها على الزمن وتطور الاوضاع الاقتصادية في تمكن واستحكام .

على أن افتراض الذمة تام الشبه بافتراض الشخصية الحكمية نفسها فكما ساغ تشريعاً قبول شخصية مقدرة لمؤسسة يتعلق بهـــا مصلحة ، او لجمعية ، او لشركة ؛ يسوغ كذلك قبول محل مقدر في شخص الانسان تتعلق بـه الديون . واذا كانت الشخصية الحكمية ليست وهماً محضاً بل منتزعة من وجود مادي هو في المؤسسات ماتتكون منه مصلحتها ، وفي الجمعيات والشركات أفرادها ، فان الذمة ايضاً ليست امراً وهمياً بل منتزع ومجرد من شخص الانسان

فما دامت فكرة الشخصية الاعتبارية مقبولة بـــل ضرورية في اساليب التشريع السديد ففكرة الذمة الظرفية كذلك .

وهذا الافتراض والتقدير الواجب في كلتا الفكرتين هو ضرب من الفن الحقوقي في صياغة اساليب التشريع وبنائه النظري ، يستعان به في تقرير المبادىء والنظريات لأجل اتساق الاحكام وانسجامها ، مما يمتاز به تشريع عن آخر كما تقدم بمناسبة التمييز بين الحق العيني والشخصي (ف/٦٧) .

١٢٣ - التعريف الصحيح للذمة في نظر الفقه الاسلامي :

بعد ماسلفنا من التحقيق في تحديد معنى الذمة الشرعي يمكننا تعريفها فقهياً كما يلي :

ان الذمـة هي محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه .

فهي بهذا الاعتبار ذمـة شخصية ، اي متصلة بالشخص نفسه لا بأمواله وثروته ، وهي غير محدودة السعة والاستيعاب ، فتثبت فيها الحقوق المالية وغير المالية مهما كان نوعها ومقدارها . فكما تشغل بحقوق النـاس المالية تشغلها ايضاً

الاعمال المستحقة كعمل الأجـير ، وتشغلها الواجبات الدينية من صلاة وصيام ونذور وغيرها .

١٢٤ - خصائص الذمة :

والنظر في الاحكام التي أثبتها فقهاء الاسلام في الذمة يوصل الى ان لها عندهم الخصائص التالية :

(الخاصة الاولى) ـ ان الذمة لا تثبت الا لشخص مستقل ، سواء اكان شخصاً طبيعياً او حكمياً .

فيتفرع عن ذلك :

١) ـ أنه لا ذمة للحيوانات والبهائم كما انها لا أهلية لهـا . فلا تثبت عليها حقوق[1] كما أنها لا تثبت لها . فلو أوصى لها انسان أو وقف عليها لا يصح اذا كان مراده تمليكها هي لا تمليك مالكها . فاما اذا أوصى بالانفاق عليهـا كما لو أوصى بعلف تعلف منه فجائز عند الحنفية لأنها في الواقـع وصية لمالكها لأن نفقتها عليه ، حتى ان هذه الوصية تتم بقبوله وترتد برده وله أن ينفقها على غير الدابة من شؤونه (رد المحتار ، من الوصايا) .

واجتهاد الشافعية أيضاً كذلك ، الا أنهم في هـذه الحال يوجبون صرف النفقة للدابة التي خصصها الموصي ، لا لشؤون اخرى (ر : كتاب الحق والذمة ص/ ٩٦) أي احتراماً لارادة الموصي لا استحقاقاً للحيوان .

٢) ـ ان الجنين من الانسان في بطن أمه لا ذمة له لأن شخصيته غير مستقلة ، بل هو جزء من أمه تابع لها مهيأ للانفصال والاستقلال .

---

(١) ـ في القانون الروماني كانوا يحاكمون البهائم ويحكمون عليهـا ، وظل ذلك في فرنسا أيضاً الى القرن الثامن عشر الميلادي !! .

فلا تثبت عليه حقوق[1] لأن الذمة كما رأينا انما تلازم في الوجود العنصر الثاني من عناصر أهلية الوجوب ، وهو قابلية الالتزام . والجنين لا يتمتع الا بالعنصر الأول منها وهو قابلية الالزام ، أي ثبوت الحقوق له فقط بشرط ان يولد حياً .

حتى ان عنصر الإلزام هذا قاصر فيه أيضاً فلا يثبت له من الحقوق سوى أربعة فقط : النسب ، والارث ، والوصية ، والاستحقاق في الوقف .

ولذا قال الفقهاء لا تصح الهبة للحمل ، ولو اشترى الانسان لحمله شيئاً لا يملكه الجنين فلا يجب في ماله ثمنه ، ولا تثبت ولاية أو وصاية عليه[2] لأحد (ر : الحموي على الاشباه الفن ٣ ص / ٢٠٢) .

(الخاصة الثانية) – انه لا يوجد شخص مستقل الشخصية بلا ذمة خاصة به .

فالذمة من لوازم الشخصية . وذلك لما رأينا من أن الذمة تلازم العنصر الثاني من أهلية الوجوب ، وهو قابلية الالتزام ؛ وهـذا العنصر يبدأ بولادة الانسان حياً اذ تتم بولادته أهلية الوجوب له وعليه .

وهذه الأهلية مناطها الصفة الانسانية فتلازم الانسان منذ وجوده ، بخلاف أهلية الأداء فان مناطها العقل ، فلا تعتبر للانسان قبل سن التمييز .

---

(١) – في الاجتهاد الحنبلي تجب نفقة الأقارب على الحمل اذا كان له مال ، (ر : القواعد لابن رجب ص / ١٨١) وعلى هذا تكون له عندهم ذمة .

(٢) – في مصر سوغت المادة /٣/ من قانون المجالس الحسبية إقامة وصي على الجنين بناء على رأي فقهي . فهل يقتضي هـذا توسيع أهليته وصحة تملكه بهبة ونحوها ، أو ادارة أمواله فقط ؟

فلذا لا يتصور أن يكون شخص مستقل بلا ذمة مادامت أهلية الوجوب تولد معه كاملة .

والشخص هنا أيضاً يشمل الطبيعي والحكمي ، فان الشخص الطبيعي يولد حساً ، والحكمي يولد اعتباراً عندما يكون بمقتضى التشريع تكوناً صحيحاً ، كما سنرى في الفصل الثالث ، وحينئذ تولد معه الأهلية وتنشأ عنها الذمة أيضاً .

(الخاصة الثالثة) ـ ان الذمة ليس لسعتها حد.

وذلك لأن الذمة ظرف اعتباري فيتسع لكل ما يتصور من الحقوق .

(الخاصة الرابعة) ـ ان الشخص الواحد ليس له سوى ذمة واحدة

وذلك لأن له شخصية واحدة ، فلا حاجة بالشخص الى أكثر من ذمة واحدة لأنها تتسع لجميع الحقوق والديون.

(الخاصة الخامسة) ـ ان الذمة لا اشتراك فيها ، فلا يكون للذمة الواحدة أكثر من صاحب واحد .

وذلك لأنه لو تعدد الأشخاص لكان لكل منهم الخصائص التي تقتضي له ذمة مستقلة . فلو تصورنا اشتراكهم في ذمة واحدة لكان كل منهم وحده لا ذمة له ، وهذا ممتنع لتلازم الشخصية والذمة .

(الخاصة السادسة) ـ ان الذمة ضمان لكل الحقوق بلا ترجيح ،ولا يقتضي ذلك منع المدين من التصرف بأمواله .

وذلك لأن الذمة لا حد لسعتها ، إذ هي شرعاً مستقلة عما يملك صاحبها، فتتساوى فيها الديون ، ولا يكون سبق بعضها في الثبوت سبباً لترجيحه ، وما يثبت في ذمة الانسان من حقوق عليه لا يتقيد وفاؤها بنوع خاص من ماله أو

بجزء معين منه . فالديون متى استقرت في الذمــــة بسبب صحيح تساوت في احترامها وانتفى الترجيح ، وإلا لتعذر التعامل ، إذ لا يستطيع أحد أن يعرف ما على من يريد معاملتــه من ديون سابقة ليكون على بصيرة من رتبـة دينه .

١٢٥ – على أنه يستثنى من ذلك بعض ديون يقرر الشرع لها امتيازاً وتقديماً في الاستيفاء لبعض الأسباب الموجبـة ، كما تقدم في بحث الحق العيني والشخصي [١] .

هذا ، ولاستقلال الذمة عن مال صاحبهـا كان مطلق اليد في التصرف بماله بيعاً وهبة وغيرهما ولو كان مديناً بأكثر مما يملك ، لأنه إن كانت ذمته مشغولة فأمواله حرة .

ولو وفى المدين الدين المتأخر وأخر المتقدم صح الوفاء وملك القابض ما قبض وليس لغيره منازعته أو مقاسمته[٢] .

ولكن اذا أصبح الديون تعلق بأموال المدين توقف تصرفه المضر بكل الدائنين أو ببعضهم ، كما في حال مرض الموت ، فان المدين بدين مستغرق لأمواله يعتبر في مرض موته محجوراً عن كل تصرف يضر بحقوق دائنيه فلا ينفذ وقفه ولا تبرعه ، ولا وفاؤه لبعض دائنيه دون بعض ، ولا محاباته في ثمن مبيعه الا اذا أجازها دائنوه ، وذلك لضعف نشاطه الاكتسابي فتضعف ذمته ، فتوثق الديون بتعليقها بمــــاله إضافة الى ذمته صيانة لحقوق الدائنين ، فتصبح

(١) – قدمنا في بحث تقسيم الحق المالي ان هناك حالات استثنائية يكون فيها لبعض الحقوق الشخصية امتياز على بعض شرعاً وقانوناً فلتنظر (ف/٩٢) .

(٢) – يلحظ هنا انه في الدين المشترك لا يستقل أحـد الدائنين بقبض حصته بل يقاسمه فيها شريكه .

حقوقهم في هذه الحال شبه عينية كما تقدم في الفصل الأول (ر : ف / ٢٤) .

على أن متأخري فقهاء الحنفية قد استحسنوا عدم نفاذ وقف المدين الا فيما يزيد من أمواله عن وفاء ديونه فاعتبر محجوراً حكماً عن الوقف فيما يعادل الدين من أمواله ، ولو كان وقفه في حال صحته لا في مرض موته . وبذلك أفتى المولى أبو السعود مفتي الروم ، وذكر في معروضاته أنه صدرت بـه الارادة السلطانية وذلك لكثرة لجوء المدينين الى تهريب أموالهم من وجه الدائنين بطريق الوقف[1] .

(ر : الدر المختار ورد المحتار ٣/٣٩٥) .

ولينظر في تفصيل الفقه الاسلامي عن تصرفات المدين التهريبية ما أوضحناه في بحث عوارض الأهلية من « المدخل الفقهي العام » (ف ٢/٤٦٣) وفي كتاب « أحكام الاوقاف » (ج ١ ف / ٩٠ و ٩١) .

١٢٦ – انهدام الذمة

ان ذمة الشخص ترافق حياته منذ ولادته كما تقدم ، وتنهدم بعد وفاته .

ولكن هل تعتبر الذمة منهدمة بالموت فوراً أو باقية بعده الى حين ؟

هذا ما اختلفت الانظار الاجتهادية الفقهية فيه الى ثلاثة آراء :

(الرأي الاول) ان الذمة تنهدم بمجرد الموت ، لانها من خصائص الشخص الحي . وثمرة الذمة صحة مطالبة صاحبها بتفريغها من الدين الشاغل لها . فبالموت يخرج الشخص عن صلاحية المطالبة فتنهدم الذمة .

---

(١) – يلحظ في هذا المقام أيضاً ما يوجبه القانون التجاري من بطلان جميع تصرفات التاجر المفلس الواقعة خلال الأيام العشرة التي قبل بدء عجزه الحقيقي بتوقفه عن الدفع .

وعلى هـــذا ، ان توفي الشخص المدين دون أن يترك مالاً فمصير ديونه السقوط . وإن ترك مالاً تعلقت الديون بماله . والى هـذا الرأي ذهب بعض الحنابلة (ر : القواعد لابن رجب ص / ١٩٣) .

(الرأي الثـاني) - ان الذمة تبقى بعد الموت صحيحة الى أن توفى الديون وتصفى التركة ثم تنهدم الذمة .

ودليله ما ورد في الحديث النبوي :

« ان ذمة الميت مرتهنة بدينه حتى يقضى عنه » .

وإنما يخرج الشخص بالموت عن صلاحية المطالبة في الدنيا ولا يستلزم ذلك عدم بقاء الذمة وصلاحيتها لأن تشغل بالدين .

وورد أيضـاً في الحديث صحة الكفالة بعد الموت بما على الميت المفلس من دين [1] .

وهذا دليل على بقاء الذمة وما فيها . ولذا يمكن أن تشغل بعـد الموت بدين جديد متفرع عن سبب سابق ؛ وذلك كما لو باع الشخص شيئاً وتوفي فرد بعد موته بعيب ظهر فيه ، فان ذمة الميت البائع تشغل بثمنه الواجب الرد . وكذا لو باشر في حياته سبباً من أسباب الضمان كمن حفر حفرة في الطريق العام ثم مات ، فتردى حيوان في الحفرة بعد موته ، فان ذمـة الحافر تشغل بضمان قيمة الحيوان فتؤخذ من تركته .

والى هذا الرأي ذهب الشافعية (ر : حاشية الرملي على أسنى المطالب ج ١ ص/٢٣٥) وهو رأي المالكية وفريق من الحنابلة أيضاً .

---

(١) ــ كما سنرى في بحث انتهاء الشخصية من أحوال الشخص الطبيعي في الباب الثالث . (ر : ف/١٦٨ - ١٦٩) .

ومقتضى هذا الرأي ان يبقى للميت العنصر الثاني من أهلية الوجوب ، وهو قابلية الالتزام التي لا تنفك عن الذمة في الوجود . بل قد نقل عن المالكية ما يقتضي بقاء العنصر الأول منها أيضاً وهو قابلية الالتزام . فقد قالوا اذا أوصى شخص لميت ، وان كان عالماً بموته ، فوصيته جائزة ويصبح المال الموصى به من جملة تركته تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ، ثم يكون لورثته ما بقي منه (ر : المغني لابن قدامة ٦ / ٤٣٦) .

فأنت ترى أنهم لم يصححوا الوصية للميت على انها تمليك لورثته رأساً ، بل اعتبروها تمليكا للميت نفسه ، والا لاستحق الورثة جميع الموصى به دون أن تقضى منه ديون الميت وتنفذ وصاياه .

(الرأي الثالث) - أن الموت لا يهدم الذمة ولكن يضعفها كما يضعف اهلية الوجوب فلا تبقى الأهلية والذمة كما كانتا عليه حال الحياة ، وانما يبقى لهما من الصلوح ماتقتضيه الضرورة اقتضاء لتسوية الحقوق وثبوت الأحكام التي لها أسباب في حال الحياة ، ولهذا الضعف الطارىء على الذمة الذي يعتبر مبدؤه من تاريخ مرض الموت توثق الديون التي على الميت بتعلقها بماله تقوية لذمته ؛ وهذا مذهب الحنفية .

ومعنى ذلك أن الاصل انهدام الذمة وبطلان الاهلية بالموت ، وانما تعتبران مستمرتين بصورة استثنائية وبنطاق محدود ، بقدر ماتقتضيه ضرورة تصفية نتائج الاسباب السابقة ، لا لإثبات احكام جديدة ، اذ الضرورة تقدر بقدرها فلا يتوسع فيها .

١٢٧ - وقد دعاهم الى هذا التصوير مايستدعيه المنطق الحقوقي من ضرورة التوفيق بين مايستلزمه الموت من الذمة والاهلية ، وما يستلزمه ثبوت بعض حقوق للميت وعليه من بقاء للاهلية والذمة ؛ كي ترد جزئيات الاحكام

التي اقتضتها المصلحة الى قواعد وأصول نظرية تتفرع عنها ويسهل تفسيرها بها .

فقد لحظوا أن الانسان يدخل في ملكه بعد موته ما لم يكن مالكاً له في حياته ، كما أنه يعتبر ضامناً ومسؤولاً بما لم يكن ضامناً قبل موته . وذلك كمن نصب شبكة للاصطياد ومات فوقع فيها حيوان فانه يملكه ، ويعتبر من جملة تركته . وعكسها تماماً قضية وقوع الحيوان في الحفرة المحفورة في الطريق العام بعد موت الحافر المتسبب .

ففي صورة نصب الشبكة اكتساب للملكية بعد الموت ، فيعتمد بقاء جزء من اهلية الإلزام يثبت فيه حق للميت . وفي صورة الحفرة ثبوت ضمان على الميت بعد الموت ، وهذا يعتمد بقاء أهلية التزام له .

وكذلك مسألة فسخ المشتري للبيع بحكم خيار العيب بعد موت البائع ، فان فيها الزاماً والتزاماً للميت اذ تعود اليه ملكية ويستحق عليه ثمن ، فيعتمد ذلك بقاء اهلية وذمة . (ر : كتاب الحق والذمة ص/٩٣ - ٩٥) .

ولئن تصورنا من الممكن أن يعتبر في بعض هذه الصور ثبوت الملك بعد الوفاة انما هو للورثة رأساً خلفية عن الميت ، فان هذا الاعتبار غير ممكن في حالة الضمان بسبب يرجع الى ماقبل الموت كصورة الحفرة ، لأن الورثة انما يخلفون الميت في استحقاق ماهو له لا في التزام ماهو عليه ، فهم غير مسؤولين بذممهم عن اعمال المورث . فلذا يتعلق حق الغريم بالتركة . وان التعلق بها بسبب الضمان لا يكون الا عن طريق الذمة ، لأن مال الانسان غير مسؤول مباشرة عن فعل ضار ، فوجب تقدير بقاء ذمة الميت .

هذه نظرية الحنفية في بقاء الذمة بعد الموت ، وهي مبنية بناء استثنائياً على الضرورة منشأ وحدوداً. فاذا لم تكن ضرورة تقضي ببقاء الذمة بعد الموت وجب حينئذ أن تعتبر بالموت مهدومة معدومة .

وعلى هذا لا يصح أن يوصى للميت او يوهب له .

وكذلك يقول ابو حنيفة بعدم صحة كفالة دين الميت بعد موته اذا لم يترك مالاً ، لأن دينه عندئذ كالساقط من الذمة لعدم امكان المطالبة به .

وقال الصاحبان والأئمة الثلاثة تصح هذه الكفالة لأن ذمة الميت مشغولة به في الواقع . ودليل الفريقين مبسوط في الكشف على أصول البزدوي (٤/٣١٥).

الذمة في نظر علماء القانون

١٢٨ – ان للذمة في الفقه الأجنبي مفهوماً يختلف من ناحية عن مفهومها في الفقه الاسلامي .

فالذمة في نظر علماء الحقوق الأوروبيين هي .

« مجموع مايخص الشخص من امواله حاضرة ومستقبلة »

ويتكون هذا المجموع مما له من اموال وحقوق ، وما عليه من ديون وتكاليف .

وهذا يسمى : **الثروة** ، او **الذمة المالية**[1] le patrimoine

ولا يراد منها معنى الفرق بين ماله وما عليه ، بل نفس ماله وما عليه .

ففي الذمة المالية عندهم عنصران : عنصر ايجابي هو الحقوق ، وعنصر سلبي هو التكاليف ، والذمة تتكون من العنصرين معاً .

---

(١) – إن كلمة « Patrimoine » الفرنسية مأخوذة من الكلمة اللاتينية: « Patrimonium » ومعناها عند الرومانيين : المال الآتي من أحد الوالدين ، لأنها عندهم مشتقة من كلمة pater بمعني الأب (ر: معجم لاروس الفرنسي).

وحاصل الفرق بين العنصرين يسمى : الصافي l'actif net .

فالذمة المالية بهذا المعنى المادي عندهم تزيد وتنقص . وقد تكون خالية ليس فيها حقوق ولا تكليفات كذمة الوليد الذي ليس له مال .

فليس معناها الغنى ، بل مايكون للشخص من حقوق وتكاليف موجودة او ممكنة الوجود ، كما تقدم .

فاذا مات تحددت ذمته فلا تزيد ولا تنقص، وانما تنتقل للورثة والمستحقين بعنصريها ؛ ففي القانون الفرنسي يأخـــذ الورثة الحقوق ان شاؤوا الميراث ، ويلزمون هم بالديون [1] .

١٢٩ ـ خصائص الذمة في الفقه الاجنبي :

وللذمة المالية عند علماء القانون الاجانب خصائص شبيهة بخصائص الذمة في الفقه الاسلامي : فهم يقررون الخصائص التالية :

١) ـ الذمة المالية مرتبطة بالشخصية فلا شخص بلا ذمـــة ولا ذمة بلا شخص، سواء أكان انساناً او شخصاً اعتبارياً وهي تكون للانسان منذ كونه حملاً في بطن أمه[2] (ر : جو سران ج١ ف/٦٤٩) .

---

(١) ـ حكم الشريعـة الاسلامية في الميراث خلاف هذا ، فالارث فيهـا جبري ليس للوارث رفضه . والورثة لايلزمون بديون مورثهم ، وانمـا توفى ديونه وتنفذ وصيته النافذة من تركته ، وما فضل من التركة فللورثة . وقـد قدمنا بيان ذلك وحكمته في نظرية اسباب الملكية من الجزء الاول .

(٢) هذا خلاف مايقرره الفقه الاسلامي : أن الحمل لاذمة له ، وانما تكون له ذمة منذ ولادته حياً كما تقدم ...

ومنشأ الاختلاف يرجع الى الاختلاف في ماهية الذمة كما سيأتي :

ـ فهي في الفقه الاسلامي محل يقدر في الشخص للديون والتكليفات .=

٢) - لا يكون للشخص الواحد الا ذمة واحدة .

٣) - الذمة مجموعة مالية قانونية ؛ او بتعبير آخر : هي وحدة مالية قانونية مستقلة عن العناصر التي تتألف منها . فلكل شخص ذمة مالية وان لم يكن له مال .

فالذمة عند علماء القانون ايضاً فكرة تصورية ، اي مفترضة مقدرة (ر : كتاب الاموال للاستاذ محمد كامل المرسي ، ف/٣ و ٤) .

٤) - الذمة المالية ضمان عام لحقوق الدائنين .

فكلهم سواء في هذا الحق المشترك ، الا اذا كان لبعضهم ضمان خاص من رهن او امتياز ؛ فتكون له الاولوية والتقدم .

٥) - الذمة تبقى بعد الموت محتفظة بوحدتها وشخصيتها في صورة تركة حتى تصفى .

١٣٠ - موازنة بين النظرين الشرعي والقانوني :

يتضح من مقارنة معنى الذمة وخصائصها في الفقه الإسلامي وفي الفقه الأجنبي أن النظرين الشرعي والقانوني الى الذمة يتفقان في ناحية ويختلفان في ناحية :

أ) - فهما يتفقان في فكرة افتراض الذمة وفي معظم خصائصها :

فالذمة عند علماء القانون ايضاً هي فكرة مفترضة ومقدرة تقديراً للشخص ، وليست شيئاً مادياً محدوداً . وذلك لكي تعتبر الديون متعلقة بالذمة المالية العامة المقدرة للشخص ، فلا تتعلق بعين أمواله فتمنع تصرفه بها .

قال الاستاذ محمد كامل مرسي في كتابه « الاموال » :

= والجنين لا تثبت عليه حقوق لأحد وانما تثبت له ، فلا حاجة الى تقدير ذمة له .

- أما في الفقه الاجنبي فالذمة مجموع ما للشخص وما عليه كما تقدم . فللجنين ذمة مالية لأنه أهل للملك ، وقد يكون له مال .

« ولولا نظرية الذمـــة المالية لوقع حق الضمان العـام le droit de gage général الذي للدائنين على أموال المدين نفسها فتبقى مثقلة بهذا الحق الى حين انقضاء الدين . وهذا ثقيل الاحتمال على المدين ويعيق[1] تداول الاموال ، فيتلافى هذا الخطر بموجب فكرة الذمة المالية ، اذ بمقتضاها لاتصير أموال المدين نفسها ضماناً للدائنين، وانما الذمة المالية هي التي تتحمل الضمان فيقع الضمان العام على مجموع الاموال من غير أن يستقر على أحدها ، وهو وان كان يخول الدائنين حق توقيع الحجوز ، غير أنه ، الى الوقت الذي تقع فيـــه ، تكون اموال المدين خالصة من كل مانع، ويستطيع التصرف فيها ، ويحتج بتصرفاته على دائنيه ، الا اذا كان وقــع منه غش fraude وبذلك تصان مصالح المدين ودائنيه معاً » اهـ.

ب) ــ ولكن اذا كان النظران الإسلامي والأجنبي قد اتفقا في ان الذمة فكرة متصورة فانهما يختلفان في ماهية هذا المفهوم المتصور لها :

فالفقه الاجنبي يتصور الذمة في صورة مال للشخص صالح لوفاء الديون . والفقه الاسلامي يتصورها في صورة محل مقدر في الشخص تثبت فيه الديون ، كما سلف بيانه .

فالذمة في الفقه الاسلامي هي ذمة شخصيه .

أما في الفقه الأجنبي فانها ذمة ماليه يقوم مفهومها على أساس مادي هو أموال الشخص .

---

(١) ــ الصواب لغة : « يعوق » (ر : القاموس)

ولكن لما اعترضتهم مشكلة تعلق الديون عندئذ بعين أموال المدين وما يستوجبه ذلك من شلل في حركته الاقتصادية التجؤوا الى طريقة الافتراض والتجريد التي سلكها الفقه الاسلامي في نظرية الذمة، فجردوا مفهوم الذمة ونقلوه من معنى أموال الشخص والتزاماته الحاضرة الى مجموعة حقوقه والتزاماته الحاضرة والمتوقعة، أي كل مايمكن أن يتكون له وعليه من حقوق والتزامات، واعتبروا لهذه المجموعة كياناً اعتبارياً مستقلاً عن أمواله القائمة. ولكنها بقيت في نظرهم عبارة عن مجموعة أموال الشخص الضامنة لديونه. فلم يصلوا الى الخطوة الفنية التي خطاها الفقه الاسلامي في اعتبار مفهوم الذمة أمراً شخصياً محضاً هو تلك المحلية الاعتبارية المقدرة في الشخص لاستقرار الحقوق عليه.

١٣١ - فلذا بقي في مفهوم الذمة القانوني شيء من الاضطراب وقلة الانسجام بين نظرين متنافرين: نظر مادي ونظر مجرد، في موضوع واحد منظور اليه، هو مالية الشخص.

فبينما يعرفون الذمة بانها « مجموع الاموال التي يختص بها الشخص من حقوق له وتكليفات عليه[1] » تراهم يعتبرون لهذه الأموال خاصية التجرد والاستقلال عن نفسها فكأنها مجموعة أموال أخرى متصورة للشخص ليست ما يملكه حالاً ولا ما سيملكه، لكي لا تتعلق الحقوق بأعيان المال فتحجره.

وكذلك نرى شيئاً من التناقض في اعتبارهم التكليفات التي على الشخص من ديون والتزامات عنصراً من عناصر ذمته، لأن الذمة عندهم هي نفسها ضمان وتوثيق عام لجميع الديون التي على الشخص، ولذا ينزعون بها الى معنى أمواله لأن فيها ذلك الضمان الاعتباري.

---

(١) ـ كتاب « الأموال » للأستاذ محمد كامل المرسي ف / ٣.

فعلى هذا تكون التكاليف والديون التي على الشخص هي نفسها مما يحتاج الى ضمان بالذمة ، فكيف تكون هي ضماناً لدين آخر نظيرها .

أما في الفقه الاسلامي فنظرية الذمة ، على ما أوضحناه ، منسجمة تمام الانسجام وفيها من التفقه ودقة التصور وفن التصوير الحقوقي ما يجعلها صالحة لتنسيق الاحكام ، وبعيدة من أصلها عن مشكلة تعلق الدين بالمال :

ـ فلكون الذمة في الفقه الاسلامي شخصية تنبىء عن ظرف للديون مقدر في الشخص كان من السهل تصورها فيمن له مال ومن لا مال له .

ـ ولكون الدين إنما يشغل هذه الذمة الشخصية للمدين يبقى مال المدين حراً بطبيعة الحال ، لا علاقة للدين به ، فتكون يده فيه مطلقة في الاصل إلا أن يطرأ ما يوجب تعلقاً للدين بعين المال فيتقيد عندئذ تصرف المدين بماله فيكون تصرفه موقوفاً ، كما في حالة الرهن ، وحجز المال قضاء لحق الدائن . وكذا حالة مرض الموت ، إذ تقتضي تعلق الديون بأموال المريض كما تقدم ، فيتوقف تصرف المريض في أمواله بما يضر حقوق الدائنين ، لانقطاع الأمل من نشاطه الاقتصادي واكتسابه .

الفرع السادس

في العين والمنفعة

اختلاف الاجتهادات في تقوم المنافع بذاتها ـ ثمرات اختلاف النظريتين ـ منافع المغصوب ـ نقد نظرية الحنفية .

١٣٢ ـ اختلفت الانظار الاجتهادية في المنافع هل تعتبر من الاموال القيمية في ذاتها أو لا تعتبر كذلك ؟

فذهب الاجتهاد الحنفي الى أن المنافع ، في الأصل ، لا تدخل في حيز الأموال ، وإنما هي ملك (ر : ف / ٦٩) وبهذا جاءت المادة /١٢٥/ من المجلة.

ووجهة نظرهم في هذا أن المنفعة ليست شيئاً مادياً موجوداً ، وإنما هي أعراض تحدث شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمن (البدائع كتاب الغصب ١٤٥/٧) ، فلا تعتبر ثروة من المال لأنها لا يمكن فيها الاحراز والإدخار .

وعن هذا وضع الاجتهاد الحنفي نظريته المشهورة :

« ان المنافع ليست ذات قيمة في نفسها وانما ورد تقويمها في الشرع بعقد الاجارة على خلاف القياس للحاجة » .

(ر : الهداية ، فصل : « من غصب عيناً فغيبها ») .

فلا تقوّم المنافع في غير الإجارة عند الحنفية لان القاعدة أن ما ورد على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه .

١٣٣ ـ وقد ذهب الاجتهادان الشافعي والحنبلي الى عكس هذه النظرية فاعتبروا أن المنافع أموال متقومة في ذاتها ، لأنها هي المقصودة من الأعيان ، فان أثمان الحاجات والأشياء تقاس بين الناس بمنافعها . وقد سوغ الشارع أن تكون المنفعة مهراً في النكاح ، وإن المهر يجب أن يكون مالاً ، لقوله تعالى بعد تعداد محرمات النساء : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » .

١٣٤ ـ ثمرات اختلاف النظريتين :

وقد نشأ عن اختلاف النظر الاجتهادي في مالية المنافع وتقويمها في ذاتها

اختلاف في مسائل عديدة متفرعة عن هذه النظرية الاساسية ، ممها وأشهرها نظرية ضمان منافع المغصوب أو عدم ضمانها .

فالاجتهاد الحنفي على عدم إلزام الغاصب بضمان أجر المثل عن منافـع المغصوب ، لانهـا ليست مالاً مقوماً إلا استثناء بعقد الاجارة ، ولا عقد بين الغاصب والمغصوب منه ، وإنما يضمن الغاصب قيمة العين أو نقصانها إذا تلفت أو نقصت أو تعيبت في يده . وعلى ذلك وردت المواد / ٥٩٦ و ٨٩١ و ٩٠٠/ من المجلة .

وأما الاجتهاد الشافعي والحنبـلي فقد أخذ بالزام الغاصب باجر مثل المغصوب خلال مدة الغصب ، سواء استوفى الغاصب منافعه أو عطلها .

١٣٥ ـ قال الامام أبو زيد عبد الله بن عمر الدبوسي الحنفي ، في كتابه « تأسيس النظر » بياناً للاختلافات في هذه النظرية وما تفرع عنها :

« الاصل عند الامام القرشي أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي ، قدس الله روحه ، ونور ضريحه ، ان المنافـع بمنزلة الاعيان القائمة . وعندنا بمنزلة الاعيان في حق جواز العقد عليهـا لا غير ـ أي عقد الاجارة ـ وعلى هذا :

١ ـ قال علماؤنا ان من غصب داراً فسكنها سنين لااجرة عليه وعند الامام الشافعي تجب عليه قيمة المنافع وهي الاجرة، كما لو غصب عيناً من الاعيان فاستهلكها فانه يضمن قيمتها .

٢ ـ وعلى هذا قال الشافعي ان الاجارة في المشاع جائزة لأن المنافع عنده بمنزلة الاعيان القائمة ، ولو باع الانسان حصة شائعة من العين جاز بيعه فكذلك الاجارة لأنها بيع المنافع .

وعندنا لا يجوز الايجار في المشاع من الاجنبي[1] . أما ايجار أحد الشريكين حصته الشائعة من الشريك الآخر فجائز .

٣ - وعلى هذا قال الشافعي ان الاجارة لا تفسخ بالاعذار لان المنافع بمنزلة الاعيان القائمة ، ولو باع عيناً ليس له أن ينقض البيع بالعذر ، فكذلك ههنا وعندنا تنقض الاجارة بالاعذار[2] .

٤ - وعلى هذا قال الشافعي : ان الاجاره لا تنتقض بموت أحد العاقدين . وعندنا تنتقض[3] .

٥ - وعلى هذا قال الشافعي : ان الاجرة تجب بنفس العقد بمنزلة الاعيان المبيعة في وجوب ثمنها ، وعندنا تجب ساعة فساعة ويوماً فيوماً[4] ، فيجب أن يتمكن - أي المستاجر - من الانتفاع

---

(١) - الاجنبي هنا هو غير الشريك .

(٢) - كما لو استأجر دابة للسفر ثم عدل عنه ، أو طباخاً لعرس فماتت العروس فللمستأجر فسخ الاجارة (ر : الجزء الاول ، ف / ٢٠١) .

(٣) - انظر ما تقدم في الجزء الاول في بحث انفساخ العقود (ف/٢٦٢). ووجه هذه النتيجة الاختلافية ان المنافع المعقود عليها معدومة عند العقد وإنما تحدث آناً فآناً ، فاذا كانت الاجارة عند الحنفية بمثابة عقود مستمرة تتجدد اعتباراً بين العاقدين بتجدد حدوث المنافع . فبموت أحدهما لم يبق مجال لافتراض تجدد العقد من جهته بخلاف الاجتهاد الشافعي الذي يرى ان المنافع المعقود عليها كالاعيان القائمة ، وان الاجارة كبيع الاعيان من كل وجه .

(٤) - هذا اذا لم يشترط في عقد الاجارة خلافه . فلو اشترط تعجيل الاجرة كلها أو بعضها أو تقسيطها اتبع الشرط (المجلة / ٤٧٣) . فان لم يكن شرط اتبع العرف . فان لم يكن عرف يطالب بالاجرة يوماً فيوماً لتعذر الطلب ساعة فساعة .

بعمله ، فمها لم يتمكن من الانتفاع به لا تجب عليه الاجرة » اهـ

(تأسيس النظر للدبوسي ص ٦٢ - ٦٣) .

١٣٦ - هذا ، ومن الواضح أن نظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي ، في الحاق المنافع بالاعيان في المالية والتقوم الذاتي هي أحكم وأمتن وأجرى مع حكمة التشريع ومصلحة التطبيق وصيانة الحقوق من نظرية فقهائنا في الاجتهاد الحنفي . فان اعتبار المنافع غير ذات قيمة في نفسها ليس عليه دليل واضح قوي من أدلة الشريعة ، لا من نصوصها ولا من أصولها ؛ وإنما هو غلو في النزعة المادية بنظرية المال والقيمة في الاجتهاد الحنفي .

وان تشريع عقد الاجارة بنصوص الكتاب والسنة دليل ناطق بان الشريعة الاسلامية قد اعتبرت المنافع متقومة في ذاتها حتى أقرت التزام البدل في مقابل الانتفاع ، كما أقرت التزام الثمن في مقابل امتلاك العين بالشراء .

ولئن سلم أن عقد الاجارة وارد على خلاف القياس فغير مسلم به أن مخالفته القياس من جهة كون المنافع غير متقومة في ذاتها بل إنما هي من جهة أن المنافع المعقود عليها معدومة عند العقد .

ومما لا ريب فيه أن ملك العين ليس مقصوداً لذات العين بل لمنافعها . فالمنافع يجب أن تعتبر أساساً في التقويم . وقد تربي قيمة المنافع المستوفاة من الشيء في مدة طويلة على قيمة عينه ، فكيف يصح اهدار قيمتهـــا واعتبارها كالعدم ؟ بل كيف يتزن أن يكون المنتفع بمـال الغير غصباً لا أجر عليه ، لمجرد أنه عرضة لان يضمن قيمة العين ان هلكت ، مع أنه في كل حال ، وان أعاد العين المغصوبة سالمة ، هو على أقـل تقدير متسبب في ضرر المالك بحرمانه من منافع ملكه مدة الغصب . والمتسبب المتعدي ضامن كالمباشر للأضرار ؟ فمن قواعد الشريعة أنه « لا ضرر ولا ضرار » . ولو أن المالك أراد ان يسد

حاجاته الى منافع ماله المغصوب خلال مدة الغصب لما استطاع ذلك الا بعوض يستأجر به ما يقوم له مقام المغصوب .

١٣٧ – على أن المتأخرين من فقهـــاء الحنفية لحظوا سيئات النتائج واضاعة الحق التي تؤدي اليها نظرية عدم ضمان منافع المغصوب ، فقصروا من أذيالها ، وضيقوا من دائرة شمولهـــا ، فاستثنوا **مال اليتيم** ، **ومال الوقف** ، **والاموال المعدة للاستغلال** ، وأوجبوا في كل ذلك على غاصبه التزام ضمـان أجر المثـــل ، قيمة المنافع (المجلة / ٥٩٦) ، وعللوا ذلك باقتضاء المصلحة الزمنية وبعض اعتبارات أخرى نراها في محلها على خـــلاف أصل النظرية في المذهب .

ولا يخفي أن ما صلح من الاعتبارات ان تكون به المنافع كالاعيان مالاً مقوماً مضموناً بالغصب فيما يتعلق باليتيم والوقف والمعد للاستغلال يصلح أن تعتبر به المنافع كذلك بوجه عام في سائر الاحوال .

وليت أن جمعية المجلة ، بما منحته من صلاحية الاختيار المعتبر شرعـــاً ، أخذت في هذا الموضوع بنظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي ، فعممت ضمــــان المنافع واعتبرتها أموالا مقومة بذاتها في سائر الأحوال ، رعاية لمصلحة المجتمع وزجراً عن العدوان الذي أصبح معظم الناس لا يتحاشونه لمجرد حرمته إذا لم تقترن بالمسؤوليات المدنية .

وكم من نظر أو حكم اجتهادي قد كان يمكن قبوله لما كان الدين غضاً في النفوس يثمر التقوى فيها ، وكان الورع حاجزاً لها ، ثم تبدل وجه النظر والحكم لما فشا الفساد وسادت الأطماع ، وأصبح الأمر محتاجاً الى وازع من التبعات المادية والسلطان لما ضعف وازع الايمان ، كما ورد في الحديث النبوي « من

يزع السلطان (٤) أكثر مما يزع القرآن » .

على أن بحث ضمان المنافع سنجد تفاريعه أكثر بسطاً في موقعه من بحث الفعل الضار في الجزء الرابع إن شاء الله .

ملاحظة :

ويجب أن يلاحظ أن الأحكام القانونية اليوم لدينا تقضي بضمان أجر المثل للعقارات على ان من يشغلها بلا عقد ، وعليه عمل المحاكم المستمر .

كما ان نصوص القانون المدني تقضي بمسؤولية الغاصب بوجه عام ـ ولو في الاموال المنقولة ـ عن الاضرار التي تلحق المغصوب منه وما يفوته من ربح ومنفعة في ماله المغصوب .

الفصل الخامس

في المال المملوك ، والمباح ، والمحجور

المملوك ـ أقسام الفرعية وأحكامها : المستقل ، والمشترك ، وما تعلق به حق الغير ـ تقسيم المال المشترك واصول ازالة الشيوع ـ المباح ـ المحجور .

---

(١) ـ يقال : وزعه يزعه وزعاً ـ كردعه ردعاً وزناً ومعنى .

ومعنى الحديث : أن من يكفهم عن ارتكاب الجرائم خوفهم من السلطان الحاكم أكثر عدداً من تكفهم خشية الله تعالى وموعظة القرآن (ر : النهاية لابن الأثير) .

١٣٨ - ينقسم المال من وجه سابع باعتبار دخوله في الملك وعدم دخوله ، الى ثلاثة اقسام : **مملوك ، ومباح ، ومحجور .**

١٣٩ - (أ) - المال المملوك :

فأما المال المملوك فهو ما دخل تحت الملكية سواء أكانت ملكية فرد او ملكية شخص اعتباري كالدولة او مؤسسة عامة او جمعية .

ويتناول المملوك العقار او المنقول على السواء. فمتى دخل المال في الملكية دخولا معتبراً شرعاً ثبت فيه للمالك جميع الحقوق الخاصة التي تتفرع عن الملكية من انتفاع واستعمال واستهلاك ، وله فيه حق نقل ملكيته الى غيره بعوض وبغير عوض بالطرق المشروعة كل ذلك ما لم يمس المتصرف بشيء منه حقاً للغير يورثه ضرراً فعندئذ تتقيد حرية الملك في التصرف بما يصون حق غيره .

١٤٠ - اقسام فرعية للمال المملوك :

ومن هنا كان المملوك نفسه ينقسم الى نوعين : (١) مال مستقل ، أي متميز لا شركة فيه . (٢) ومال مشترك بين مالكين متعددين . كل منهما ينقسم الى قسمين : (١) ما تعلق به حق لغير المالك . (٢) ما لم يتعلق به حق لغير مالكه .

١) - فأما المال الذي لم تتعلق به شركة ولا حق للغير ، بل هو مملوك لشخص على وجه الاستقلال ، فإن لمالكه أن يتصرف فيه بكل وجوه التصرف القولي والفعلي ، إلا إذا كان عقاراً فانه يتقيد في تصرفه الفعلي فيه بما توجبه حقوق الجوار المفصلة في المواد / ١١٩٢ - ١٢١٢ / من المجلة .

والمبدأ العام المعتبر في هذه المواد :

أن كل من ملك محلا صار مالكاً ما فوقه وما تحته ، وله ان يتصرف

في سطحه وعلوه وجوفه بالحفر الى اي عمق كان ، وبالبناء الى اي علو كان [1] وغير ذلك من وجوه التصرف دون ان يضر بجاره ضرراً فاحشاً .

والضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الاصلية اي المنافع المقصودة من البناء كالسكنى ، او يضر بالبناء فيوهنه كاتخاذ طاحون او معمل حدادة يوهن بناء الجار او مصبغة أو مدبغة او معصرة تزعج سكنى الجيران بالرائحة او أو الدخان ، وكما لو اجرى مياهه او اقذاره في مجار غير محكمة بحيث تتسرب الى اسس جيرانه فتوهنها ، او الى آبارهم فتنجسها ، أو أحدث نافذة تطل على مقر نساء جاره .

فكل ذلك يمنع الانسان منه ولو كان انما يتصرف في ملكه المستقل (المجلة/ ١١٩٨ - ١٢٠٠) .

٢) - وأما المال المشترك فيتقيد تصرف كل شريك فيه بما لا يضر بحقوق شركائه الآخرين .

فليس لأحد الشركاء ان يتلف المال المشترك ، ولا ان يحوله من شكل الى شكل ، ولا ان يتجاوز حد المعتاد في استعماله .

وعن هذا نشأ في الفقه بحث واسع عما يملكه وما لا يملكه كل من الشركاء من وجوه التصرف في المال المشترك .

وقد أفردت المجلة هذا البحث بفصل خاص عن كيفية التصرف بالاعيان المشتركة في المواد/ ١٠٦٩ - ١٠٩٠ / منها فلتنظر .

---

(١) - يجب ان يلاحظ هنا ان انشاء الابنية في المدن مقيد اليوم بما توجبه الانظمة البلدية من شروط المسافات والارتفاعات بحسب عرض الطرق، وغير ذلك من الاعتبارات التي تراعي فيها القواعد الصحية ومصلحة التنظيم العمراني .

والمبدأ العام الذي تدور عليه هذه الاحكام هو تحقيق الانتفاع الممكن لكل شريك بحصته ، ودفع الضرر عن بقية الشركاء .

على انه بالنظر لما في شركة الملك هذه من عرقلة لحرية التصرف وغل للايدي ، قد اتجه التشريع الوضعي لدى كثير من الدول الى سن أنظمة لازالة الشيوع جبراً في العقار خاصة دون المنقولات ، وذلك بناء على طلب احد الشركاء ، فيقسم العقار المشترك ان كان قابلا للقسمة ويستقل كل شريك بقسمه . وان كان غير قابل للقسمة يباع بالمزاد العلني ويوزع ثمنه بين الشركاء، كل بحسب حصته .

وهذا ما عليه العمل في سورية بمقتضى قانون تقسيم الاموال غير المنقولة (1) .

٣) — وأما ما تعلق به حق الغير فكالمال المرهون أو المأجور ، فليس لمالكه ان يتصرف فيه بما يخل بحقوق المرتهن أو المستأجر . فتحجر على المالك فيه التصرفات الفعلية والقولية ، الا باذن المرتهن او المستأجر .

فاذا باع المالك ماله المرهون او المأجور فهل يكون بيعه موقوفاً على اجازة المرتهن او المستأجر ؟

الرأي الفقهي الراجح ان حق الاجازة والرفض إنما هو المالك أو لولي التصرف كالوصي مثلاً ، فليس للمرتهن ولا للمستأجر أن يجيزا بيع المالك أو يرداه ، بل يكون البيع نافذاً غير موقوف . ولكن يصان حق المرتهن

---

(1) — قد كان مما تفكر به وزارة العدلية سن قانون جديد لازالة الشيوع يتناول المنقولات ايضاً لأن مشكلات شركة الملك وعراقيلها متحققة في المنقول ايضاً ، وان كانت في العقار أظهر . ومثل هذا التدبير مصلحة تصان به الحقوق وتزال به المشكلات ، فتقره قواعد الفقه الاسلامي . =

والمستأجر بعدم جواز نزع المال من ايديهما قبل فكاك الرهن او انتهاء مـــدة الاجازة ، كما يصان حق المشتري الذي يتضرر من تأخير التسليم ، وذلك بمنحه الخيار في أن يفسخ البيــع أو ينتظر فـكاك الرهن او انتهاء الاجارة (المجلة/٥٩٠ و ٧٤٧) أي انما يمتنع تنفيذ عقد المالك لانفاذه .

١٤١ - (ب) - المال المباح :

وأما المال المباح فهو ماليس في الأصل ملكاً لأحد ، كالماء في منابعه ، وكصيد البر والبحر ، وغير ذلك كأشجار البوادي وثمارها .

فلكل انسان أن يحرز منه مايستطيـع ، ومن أحرز منه شيئاً فانه يملكه (المجلة / ١٠٤٥و١٢٥٩).

وهـــذا القسم من الأموال يسمى في الفقه الأجنبي : الأموال الخيالية biens Aacants

وسنتكلم عليه عند كلامنا على الأموال العامة الآتي بيانها في الفرع العاشر.

١٤٢ - (ج) - المال المحجور :

وأما المال المحجور فهو ما منع شرعاً تملكه وتمليكه اما لأنـه موقوف أو لأنه مخصص للمصالح العامة ، كالطريق العام وكالمساجد والمقابر وسائر الأموال الموقوفة . وسيأتي بيانه في الفرع العاشر عن الأموال العامة .

= ثم صدر بعد الطبعة الاولى من هذا الكتاب تعديل للمادة /٣/ من قانون حكام الصلح ذي الرقم /٣٥٣/ شمل إزالة الشيوع الجبرية في المنقولات . (ر : ج ١ ف/١١٦) .

الفرع الثامن

في المال القابل للقسمة وغير القابل

معنى قابلية القسمة وعدمها — نتائجها في الاحـــكام الفقهيـة

١٤٣ — وينقسم المال ، من وجه ثامن ، الى : **قابل للقسمة** ، **وغير قابل لها** .

ومعنى القابل للقسمة أن يكون ليس في تجزئته وتبعيضه ضرر .

وضابط ذلك أن يكون نوع المنفعة التي للأصل قبل القسمة ثابتاً لكل قسم منه بعد القسمة .

فالكمية من القمح أو الشعير أو الزيت أو السمن ونحو ذلك تقبل القسمة لتساوي اقسامها في المنفعة وفي القيمة بالنسبة الى الاصل المقسوم .

وأما الكأس أو الكرسي أو اللؤلؤة مثلاً فكل منها غـير قابل للقسمة لأنها لو قسمت تعطلت منفعتها . والثوب المخيط غير قابل للقسمة كذلك ، وأما القطعة من النسيـج فان كانت كبيرة بحيث تبقى قيمة أقسامها المرادة متناسبة مع قيمة الاصل ، كقطعة من الجوخ أو الكرباس اذا أريـد تقسيمها الى قطع تكفي كل منها ثوباً ، فهي قابلة للقسمة وإلا فلا . والنسخة الواحدة من كتاب غير قابلة للقسمة .

وأما العقارات كالدور والخانات والحوانيت فاذا أمكنت قسمتها بحيث يبقى كل قسم منها منتفعاً به انتفاع الاصل ، كدار كبيرة يراد تقسيمها الى

دارين وحانوت الى حانوتين فهي قابلة للقسمة . وإذا كانت الدار ولو قسمت لايمكن أن تخرج منها داران ولكن يمكن أن تحول أقسامها الى منافع اخرى غير السكنى ، بأن تجعل دكاكين مثلاً فهي غير قابلة للقسمة ، لتغير أصل منفعتها بالتقسيم .

والعقارات التي فيها أشياء تتوقف منفعتها الاصلية عليها ولاتقبل التجزئة، كالطاحون والحمام ؛ هي غير قابلة للقسمة (المجلة /١١٣١و١١٣٩و١١٤٢) .

١٤٤ – نتيجة قابلية القسمة وعدمها

إن لهذا التمييز بين المال القابل للقسمة وغير القابل ثمرات عديدة في الاحكام المدنية :

١) – فالمال القابل للقسمة إذا كان مشتركاً تجري فيه قسمة التفريق القضائية جبراً على الشركاء بطلب احدهم ، وتجري فيه ايضاً قسمة الجمع [١] القضائية جبراً اذا كان متحد الجنس، كمجموعة من الكراسي او كمية من الحبوب.

وغير القابل للقسمة لاتجري فيه القسمة القضائية بل القسمة الرضائية فقط[٢] (المجلة / ١١٣٢و١١٤١) .

٢) – عقد الهبة اذا ورد على حصة مشاعة من العين ، كما لو وهب المالك

---

(١) – قسمة التفريق : هي تقسيم العين الواحدة المشتركة الى اجزاء . وقسمة الجمع هي تقسيم الاعيان المتعددة الى افراد بحيث يختص كل شريك بفرد كامل او افراد (ر : المجلة / ١١١٥) :

(٢) – يلاحظ ان هذا الحكم في المجلة بالنسبة الى العقار ، معدل بقانون تقسيم الاموال غير المنقولة الذي يوجب ازالة الشيوع بطلب احد الشركاء على كل حال : فان كان العقار قابلاً للقسمة قسمه الحاكم ، وان كان غير قابل يباع بالمزاد العلني ويقسم ثمنه بين الشركاء ، كما تقدمت الاشارة اليه (ر :ج ١ /ف ١٣٩ ثانياً ، و ج ١/١١٦) .

نصفها أو ربعها يصح اذا كانت العين غير قابلة للقسمة ، ولا يصح اذا كانت قابلة، بل يجب عندئذ أن يقسم العـــين اولاً ثم يهب الجزء المراد هبته مفرزاً متميزا (المجلة / ٨٥٨ / ، والدر المختار كتاب الهبة) والعـلة النظرية في ذلك ستوى في محلها عند كلامنا على عقد الهبة من العقود المسماة .

٣) – العقار المشترك إذا احتاج الى النفقة الضرورية وامتنع احـــد الشريكين عنها فأنفق الشريك الآخر عليه بلا اذن شريكه ولا اذن الحاكم : فاذا كان قابلًا للقسمة يعتبر الشريك متبرعاً بما انفق فـــلا يحق له الرجوع على شريكه الآخر بشيء ، وان كان غير قابل للقسمة كان للمنفق حق الرجوع على شريكه بما يصيبه من القيمة التي تقدر لما أجراه في العقار [1] (المجلة/١٣١٣) .

الفرع التاسع

في الاصول والثمرات

معنى الاصـل والثمرة –

فائـــدة التمييز بينهما

١٤٥ – وينقسم المال من وجـه تاسع الى قسمين : **أصل** ، **وثمرة** . فالاصل من الاموال هو مايمكن أن ينشأ عنه مال آخر كالدور والاراضي والدواب.

---

(١) – يلاحظ هنا ان المادة / ٧٨٦ / من القانون المدني، وقبله المادة/٢٢/ من قانون الملكية العقارية ذي الرقم / ٣٣٣٩ / تقتضيان اثبات الحق للشريك المنفق على العقار المشترك في ان يرجع على شريكه بما يصيب حصته من نفقـات الادارة والترميم الضروري والتكاليف الاميرية ، ولم تتعرض للتفصيل بين ما يقبل القسمة وما لا يقبل ، وبين اذن الحاكم وعدمه .

والثمرة ما نشأ هو عن مال آخر ، وهي الغلات التي تنتج من الاموال الاصول ، كأجور العقارات ، وثمار الشجر ، ونتاج الحيوان من صوف ولبن ونحو ذلك .

ومما تجب ملاحظته في هذا الصدد أنه لايشترط فيما يعتبر أصلاً أن يكون ثمرة بالفعل ، بل يكفي أن لا يكون هو ثمرة لغيره ، كأثاث البيوت وسائر الاموال التي ليست معدة للاستغلال ، كما يجب أن يلاحظ أيضاً أنه ليس كل ما ينفصل عن أصل يعد ثمرة ، كالانقاض الخارجة من البناء ، والحطب من الشجر ، لان هذا إنما ينشأ من نقصان الاصل ، فيحتفظ بصفة الاصل وحكمه .

هذا مايذكره علماء القانون في التمييز بين الاصل والثمرة من الاموال وتعريف كل منها . (ر: كتاب الاموال للاستاذ محمد كامل المرسي، وغيره).

وفقهاؤنا قد ميزوا بين الاصول والثمرات من الاموال في مباحث ومناسبات متفرقة ، كالبيع والغصب والوقف ، ويسمون الثمرة تارة « غلة » وتارة « خراجاً » ـ بفتح أوله ـ وبذلك سميت في الحديث الشريف كما سيأتي بيانه .

والخراج عندهم كل ماخرج من غيره ، فيشمل الزيادة المتولدة المنفصلة كثمر الشجر وولد الحيوان ، وغير المتولدة كأجرة الشيء المأجور ، ويشمل ايضاً منافع الشيء. (الأشباه والنظائر لابن نجيم، الفن الاول القاعدة العاشرة).

ويلحظ في هذا المقام أن فقهاؤنا قد عنوا بتعريف الخراج والثمرة ولم يرد لهم تعريف صريح للأصل من الاموال ، ون كان يفهم ضمناً من كلامهم . فلذا استغنّنا بتعريف علماء القانون ، وهو موافق للنظر الشرعي والاحكام التي أثبتها فقهاؤنا لكل من هذين النوعين من الاموال .

يقول بعضهم: ان الثمرة ماينشأ عن الاصل بصورة دورية ولا يلحق بالاصل تلفاً أو نقصاً كبدل الايجار ومحصول الارض .

١٤٦ - فائدة التمييز بين الاصول والثمرات

إن لهـذا التقسيم أثراً كبيراً في بعض الاحكام الفقهية ، إذ تختلف في الموضوع الواحد بحسب كون المال الذي يتعلق به الحكم أصلاً او ثمرة .

١) - فالمال الموقوف محجور أصله فلا يملك ولا يوزع منه شيء على مستحقي الوقف ، ولكن ثمرته مملوكة لهم وتوزع عليهم . ولذا وجب التفريق في الحكم بين استبدال المال الموقوف وبين أجرته :

فبدل الاستبدال هو ثمن العقار الموقوف المستبدل بـه وهو عوض عن الاصل ، فلا يوزع في مصارف الغلة ، بل يجب أن يشترى به عقـار يحل محل المستبدل به ؛ أما الاجرة فهي غلة توزع .

وكذلك انقاض الوقف التي تخرج من ترميم او تهديم ، وحطب الشجر المثمر الموقوف ، فان ذلك لا يوزع في مصارف الغلة ، بل يصرف على عين الموقوف او يدخل في ترميمه .

٢) - الاموال العامة الاخرى غـير الموقوفة ، وهي المخصصة لمصالح المجتمع ، كالطرق والانهار الكبرى والحدائق العمومية ونحوها مما سيأتي ذكره في الفرع العاشر ، وان كانت رقابها لا تقبل الملكيات الفردية ، يمكن تمليـك ثمراتها ان كانت لها ثمرة ، لأن ثمرتها في حكم الاموال الخاصة من حيث قابلية التمليك . حتى ان المسجد اذا كان فيه شجر مثمر جاز بيـع ثمرتـه وصرف ثمنها في مصارف غلة الوقف .

٣) - أن الغلة وسائر الثمرات يملكها مالك الاصل الضامن له - أي الذي يملك الاصل من حسابه - ولو انتقضت ملكيته ؛ فان هذا الانتقاض لا يكون له استناد ، أي تأثير رجعي ، بالنسبة إلى الثمرة .

فمن اشترى داراً او دابة فآجرها ، ثم اطلع على عيب قـديم فردها به ،

فالاجرة له خالصة لا يضمنها للبائع ، لأن الاصل كان في ملكه وضمانه .

والنظرية الشرعية في هـذا الموضوع تستند الى قول النبي عليه السلام : « **الخراج بالضمان** » . وقد اتخـذ منه الفقهاء قاعدة فقهية عامة ، كما تقدم في الجزء الثاني (ر : م/ ٨٥/ و ج٢ ف / ٦٤٩.) .

ومثل ذلك ما لو وهب انسان لآخر شيئاً كدابة مثلا ، فولدت عنـد الموهوب له او آجرها وأخذ اجرتها ، ثم رجع الواهب في هبتـه ، فانما يسترد الاصل دون الولد او الاجرة (م/٨١٩) .

٤) ــ في العقود والتصرفات التي موضوعها تمليك المنفعة يستحق الثمرة مالك المنفعة . ففي إيجار الدار يكون ثمن الشجر الذي فيها للمستأجر ، وكذا في الوصية بمنفعة الدار .

الفرع العاشر

في الاموال الخاصة ، والاموال العامة

تعريف المال الخاص والعـام وانواعها ــ المباحات المشتركة الثلاثة ــ الانهار الخاصة والعامة ــ انقلاب المـال الخاص الى عام وبالعكس ــ تقسيم الاموال العـامة بحسب ماهي مخصصة له ــ ثمرات التمييز بين المـال الخاص والعام .

١٤٧ وينقسم المال من وجه عاشر ، باعتبار صاحب العلاقة به ، الى قسمين : **الاموال الخاصة ، والاموال العامة .**

١) ــ فالاموال الخــاصة : هي مادخلت في الملك الفردي فكانت محجورة[1] عن الكافة ، أي انها ليست مشاعة بين عموم النـاس ولا مباحة لهم لارقبة ولا منفعة .

٢) ــ والاموال العامة : هي ماليست داخـلة في الملك الفردي ، فهي لمصلحة العموم ومنافعهم .

١٤٨ ــ وايضاح ذلك : ان الاشياء إمـــا ان تكون بطبيعتها قابلة للحيازة ، أي مما يمكن ان يستأثر احد باحرازها ، او غير قابلة .

أ) ــ فغير القابلة للحيازة بطبيعتها كالهواء والبحار .

وهذه لاتدخل في الملكيات مطلقاً ، ولا تقبل ورود العقود عليها بحال ، وهذا لابحث لنا فيه .

ب) ــ والقابلة للحيازة كسائر الاموال المنقولة .

وهـــذه الاموال القابلة للحيازة قسمان : إما أن تكون داخلة فعلا في الاملاك الفردية ، او غير داخلة .

والقسم الثاني منها ، أي غير الداخلة في الملك الفردي ، نوعان :

(النوع الاول) ــ أموال قابلة للتملك الفردي لكنها لم يقع عليها سبب من أسباب الملكية ، فلم تمتد اليها يد بالاحراز مع جواز احرازها وتملكها لو وقع . وذلك كحيوان الصيد ، وحطب البوادي ، والاراضي الموات .

---

(١) ــ رأينا في تعريف الملك انه : « **اختصاص حاجز** » أي يحجز غير المالك عن التصرف والانتفاع والتدخل في الشيء المملوك لغيره (ر : ف ١٧ / الحاشية) .

(والنوع الثاني) - أموال غير قابلة للتملك الفردي لانها معتبرة شرعاً من مرافق المجتمع لمصلحة أهله كافة ، فلا يجوز استيلاء الافراد عليها ، كالانهار الكبيرة ، والمـــاء الجاري تحت الارض (مما يسمى اليوم : المياه الجوفية) والطرق العامة ، والجسور الخ .

وهذا القسم - أي غير الداخل في الملك الفردي بنوعيه - يسميه الفقهاء: المباحات (المجلة/١٢٣٤ - ١٢٣٨) .

فالمباح في الاصطلاح الفقهي يشمل نوعين : (١) - ما أبيح احراز عينه وتملكها (٢) - وما أبيحت منافعه دون ملكيته .

(فالاول) - يدخل في الملكيات الفردية بمجرد الاحراز الواقع بشرائطه الشرعية ، فيصبح ملكاً خاصاً لمن يحرزه

(والثاني) - لا يدخل في الملكية الخاصة ، لا لانه بطبيعته غير قابل لها ، بل بحكم الشرع لتعلق مصالح الجماعة به .

والاصل الفقهي في التمييز بين هذين النوعين بحسب دلائل النصوص هو أنه :

- إذا كانت حاجة الجماعة متعلقة بعين الشيء ، كالطرق والجسور والمعابد الخ ... تحجر عينه وتباع منافعه .

- وأما اذا كانت حاجة الجماعة متعلقة بنوع الشيء لا بعينه ، كحيوان الصيد وحجر المقالع وشجر البوادي والغابات ؛ فانه تباح عينه بصورة يحفظ معها نوعه .

ويصح بمقتضى دلائل النصوص الفقهية أن يقال :

القاعدة هي أن جميع الاشياء قابلة في الاصل للملك الفردي ، الا ما خرج فيها عن امكان الحيازة بطبيعته كالهواء والبحار ، أو بحكم الشرع كالمرافق العامة من طرق وجسور ومراع ونحوها .

١٤٩ - المباحات العامة الثلاثة :

هذا ، وقد اعتبر شرعاً ثلاثة أشياء من المباحات العامة مشتركة بين جميع الناس بنص الحديث النبوي الثابت ، وهي : **الماء ، والكلأ ، والنار**[1] .

١٥٠ - الماء

ومعنى الشركة العامة في الماء أنه ان كان في منابع آباره أو مسالكه تحت الأرض ، ولو في أرض مملوكة ، لا يعتبر ملكاً لأحد ، بل لكل واحد من الكافة أن ينتفع منه بما يسمى : **حق الشفة** ، وهو أن يشرب بفمه ، ويسقي مواشيه - لا أراضيه - ويغسل ، ونحو ذلك . وعلى صاحب الأرض أن يمكنه من استخراج ما يكفيه لذلك ، أو يخرجه هو له ، ولا يسوغ له منعه إذا لم يجد ماء سواه بقربه .

لكن ما استخرج من هذا الماء وأحرز يصبح ملكاً خاصاً لمحرزه لأن الاحراز من أسباب الملكية (المجلة /١٢٤٨) . وكذا الماء المجموع جمعاً في الآبار غير النابعة أو الاحواض ، فهو ملك محجور لجامعه .

وأما إن كان الماء جارياً على الأرض من عين مملوكة فهو ملك لأصحاب الاراضي التي تسقيها تلك العين ، لكن يثبت فيه للكافة حق الشفة المتقدم .

---

(١) نص الحديث : « **المسلمون شركاء في ثلاث : في الماء ، والكلأ ، والنار** » رواه أحمد .

والكلأ (بفتحتين) هو العشب .

قال ابن عابدين في رد المحتار تفسيراً لهذا الحديث :

« أي شركة اباحة لا شركة ملك . فمن سبق الى شيء من ذلك في وعاء أو غيره وأحرزه فهو أحق به ، وهو ملك له دون من سواه » .

(ر : فصل الشرب من رد المحتار ج ٤ ص / ٢٨٣) .

١٥١ - وأما الانهار فقد قسمت الى قسمين : خاصة ، وعامة .

أ) - فالأنهار الخاصة هي ما تتفرق مياهها وتستنفد في أراضي أشخاص معدودة حتى تمحى ، ولا ينفذ منها بقية الى مصب عام كالمفازة والبحر .

وهذه الأنهار في حكم العيون الجارية . فمياهها هي ملك لأصحاب الاراضي التي تسقيها ، وإنما للكافة فيها حق الشفة .

ب) - والأنهار العامة هي الأنهار الكبرى التي تجري فيها السفن كدجلة والفرات والنيل ؛ وكذا التي لا تجري فيها السفن ولكنها تسقي أراضي خاصة لا تمحى فيها بل يبقى منها بقية مباحة تصب في مصب عام .

وهذه الأنهار العامة لا تدخل في ملك أحد من أفراد الناس شرعاً ، ويثبت لكل انسان فيها - علاوة على حق الشفة - حق الشرب[١] ، أي الري الزراعي أيضاً ، وهو أن يسقي منها أراضيه بشق الجداول اليها ، وانشاء المسناة او النواعير ، او النزح بأي وسيلة كانت ؛ وكذا نصب الطواحين ، ما لم يضر بالناس في شيء من ذلك ، لأن الانتفاع بالمباح إنما يجوز اذا لم يضر بأحد (الدر المختار ، فصل الشرب)[٢] .

---

(١) - الشرب (بكسر الشين) هو النصيب من الماء ، ونوبة الانتفاع به سقياً للزراعة والحيوانات (ر : المصباح ، والدر المختار ج ٥ فصل الشرب). أما الشرب (بضم الشين) فهو تناول الماء بالفم .

(٢) - يلاحظ هنا ان القرار ذا الرقم / ١٤٤ / الصادر عن المفوضية العليا الفرنسية في عهد الانتداب ، يقضي بجعل جميع الأنهار والمجاري في سورية ملكاً للدولة دون تفريق بين الأنهار الخاصة والعامة ، وانما لأصحاب الأراضي اسالة المياه . والهدف في ذلك اصلاح الري العام وجعله تابعاً لأنظمة خاصة وتقسيمات اقتصادية في المستقبل .

واذا دخل شيء من مياه هـذه الانهار العامة في المقاسم ـ أي الجـاري المملوكة ـ بشق الجداول ونحوها أصبح ملكاً لاصحاب المقاسم ليس لأحد فيه الا حق الشفة .

١٥٢ ـ الكلأ :

وأما الكلأ فالمراد به العشب النابت بنفسه في الاراضي مطلقاً ، مملوكة كانت تلك الاراضي ، أو غير مملوكة المجلة / ١٢٣٤)

فلو كان مستنبتاً في الاراضي المملوكة استنباتاً بفعل صاحبها وسقيه كان ملكاً خاصاً له محجوراً عن سواه .

فعين الكلأ النابت بطبعه تعتبر شرعاً من لمباح العام فما دام قائماً على أرضه غير محوز يعتبر كالمياه في منابعها ، لا يملكه صاحب الارض بـل لكل واحد ان يحتش منه لحيوانه . وعندئذ يكلف صاحب الارض ان يمكنه من الاحتشاش ، وله ان يمنعه من دخول ارضه على أن يحتش هـو ويخرج له عند الحاجة ، ان لم يكن بالقرب منه كلأ مباح يغنيه عنه[1] (المجلة / ١٢٥٧ /وفصل الشرب من الدر المختار) .

---

(١) ان المواد / ٧٦٨ - ٧٧٠ / من القانون المدني وقبله المادتان /١٢ و ١٣ / من نظـــام الملكية العقارية السابق ذي الرقم / ٣٣٣٩ / تعتبر من ثمرة الملكية أن لصاحبها الحق في جميع ما ينتجه العقار ، وفي كل ما يتحد به اتحاداً تبعياً ، سواء أ كان الاتحاد طبيعياً **أو صناعياً** .

وتشمل ملكية الارض ملكية ما فوقها وما تحتها

وعلى ذلك يمكن ان يعتبر هذا موجباً ملكية صاحب الارض المملوكة للكلأ النابت فيها بطبعه كالنابت بالاستنبات على خلاف حكم المجلة في ذلك

١٥٣ - النار :

وأما النار فالمراد بها ما يوقدها الانسان في المفازة . فمادة هذه النار هي ملك له خاصة ؛ وإنما المباح فيها لغيره حق الاصطلاء والاستدفاء والاستضاءة بها للعمل دون أن يأخذ منهـا جمرة ، لان الجمرة فحمة متشهبة مملوكة لصاحبهـا (المجلة / ١٢٦١) .

١٥٤ - انقلاب المال الخاص الى عام ، وبالعكس :

(أ) - قد ينقلب المال الخاص الى مال عام . وذلك :

١) - إما بارادة مالكيه وتخصيصهم ، كالمساجد والمقابر الموقوفة ؛ فانها قبل الوقف مال خاص مملوك لاصحابه ، فبالوقف تصبح لمصالح الـكافة .

٢) - واما بايجاب الشرع ، كما في الاستملاك الجبري لاجـــل المصالح العامة ، كاستملاك الحكومة أرضاً لجعلهـا طريقاً او مستشفى او غيرهمـا من مصالح المجتمع .

(ب) - وقد ينقلب المال العام الى خاص ، كما لو استبدل مستشفى موقوف او من أملاك الدولة ؛ اذ يصبح ملكاً لمشتريه ، ويحل بدله محـله في الوقف او في بيت المال العام ؛ وكما لو استغني عن طريق ، فللحكومة ان تبيعه فيصبح ملكاً خاصاً ، كما سنرى قريباً .

١٥٥ - تقسيم الاموال العامة ، وجهة العموم فيها :

ومن هنا يمكن تقسيم الاموال العـــامة ، **بحسب ما هي مخصصة** الى ثلاثة أقسام :

(الاول) - ما هو مخصص بذاته لمصالح العـــامة ومنافعهم الدينية او الحيوية . وذلك كالمساجد ، والمقـــابر ، والطرق ، والجسور ، والقناطر ، والمستشفيات ، والحدائق ، والمدارس ، وسائر المؤسسات العـامة . وكذا

الاراضي المتروكة – لقربها من العمران – مرعى أو محتصداً او محتطباً (المجلة / ١٢٨١) .

(**الثاني**) – ما هو مخصص للاستغلال لاحياء جهة عامة بموارده وغلته . وهو المستغلات الوقفية ، ومستغلات بيت المال التي تدخل في زمرة ما يسمى اليوم « **أملاك الدولة** » .

(**الثالث**) – ما كانت عموميته ، لا لان مصالح العامة وحاجتهم متعلقة بذاته ، بل لانه في ملك جهة عامة ، مع انه مهيأ بذاته للتداول والتمليك. وذلك كغلات الاوقاف العائدة لجهات خيرية موقوف عليها ، وغلات بيت المال بمختلف فروعه ، والاراضي الموات .

أ) – فالقسمان الاولان محجورة رقابها عن التداول ، فليسا محلاً لعقود التمليك ، لانها لا يدخلان في الملكية الفردية الخاصة .

غير انه يمكن ان تنسلخ عن المال في هذين القسمين صفته العامة هذه في احوال تستدعي ذلك شرعاً ؛ ويعود الى اولياء الامر حق التقدير والتقرير فيها . وعندئذ يمكن ان ينقلبا الى اموال خاصة .

وذلك كما اذا حول الطريق العام ، فاستغني عن موقعه الاصلي . فيباع لحساب بيت المال ويصبح ملكاً خاصاً . ومثل ذلك سائر ما يستغني عنه من الاموال العامة كما تقدم .

و كذا اذا دعت الضرورة للاستبدال بعقار الوقف بمسوغاته الشرعية ، فانه يستبدل به ما هو أنفع للوقف باذن القاضي وتقديره . فيصبح الموقوف ملكاً خاصاً لمشتريه ويحل بدله محله في الوقف .

على أنهم قد استثنوا المسجد فاعتبروا فيه صفة الابدية ؛ فلا تنسلخ عنه مسجديته عند الحنفية ولو استغني عنه (ر : الدر المختار كتاب الوقف ٣/٣٧١).

ب) - وأما القسم الثالث وهو غلات الاوقاف الخيرية ، وغلات بيت المال ، والاراضي الموات - فانه بمقتضى غايته يجري فيه التداول شرعاً .

ويعتبر ، وهو في يد بيت المال او مؤسساته الفرعية او الوقف، كالاموال الخاصة في يد أصحابها ، توفى به الحقوق والاجور والرواتب وسائر الالتزامات، فيدفع بالوجوه المشروعة إلى من يستحقه . وكل من أعطى منه شيئاً باستحقاق شرعي ، يملكه ، لأنه في الاصل مخصص للتمليك في الوجوه المشروعة .

وعن هذا لو أحيا انسان أرضاً مواتاً باذن السلطان يملكها (المجلة/١٢٧٢).

والنظر الشرعي في ذلك أن هذا القسم إنما تتعلق المصلحة العامة بماليته وقيمته ، لا بعينه وبقائها لأجل منافعها الذاتية أو دوام غلتها

هذا ما يمكن تلخيصه من فكرة الاموال العامة بالنظر الشرعي .

(ولتنظر النصوص التي تؤيد هذا التقسيم بصراحتها أو دلالتها في كتاب الوقف ، وإحياء الموات ، وفصل الشرب ، وكتاب الصيد ، وبعض تفاريع كتاب الجهاد ، كباب العشر والخراج ، وكمصارف بيت المال ، في معظم المؤلفات الفقهية كالبدائع والهداية ورد المحتار وغيرها. وكذا المواد / ١٢١٣ - ١٢١٨ / والمواد / ١٢٣٤ - ١٣٠٨ / من المجلة) .

١٥٦ - ثمرة التمييز بين المال الخاص والعام شرعاً

لهذا التفريق بين المال الخاص والعام نتائج هامة وثمرات في الاحكام المدنية ، منها أساسي ومنها شكلي ، أشرنا الى بعضها في المناسبات السالفة من البحث ، ونجمل أهمها فيما يلي :

١) من حيث قابلية التداول وعقود التمليك مما تقدم ذكره في صلب البحث .

فالأموال الخاصة تقبل التداول وعقود التمليك . والأموال العـــامة لا تقبل ذلك .

٢) تضمن قيمة منافع مال الوقف ، إذا غصبه غاصب ثم أعاده ، استثناء من أصل نظرية الفقه الحنفي في أن منافع المغصوب غير مضمونة كما تقدم (ر : ف/١٣٦) .

٣) ـ المال العام لا يحق لأحد ـ ولو السلطان أو سائر ممثليه في فروع الاعمال أن يسامح فيه من يدخل عليه ، أو يصالح عنه ، أو يبرىء من لزمه ضمان باتلاف أو غصب أو غيرهما من الاسباب وهذا على خلاف حكم المال الخاص الذي يعود لصاحبه حق المسامحة فيه بصلح أو إبراء أو هبة الخ ..

٤) ـ اشتراك أصحاب الأراضي في الشرب من الانهار العامة لا يجعلهم خلطاء في حقوق أراضيهم فلا يثبت لهم حق الشفعة فيها بهذا السبب .

أما الاشتراك في نصيب الشرب من الآبار الخاصة المملوكة فانه يعتبر من أسباب الخلطة في حقوق العقار فيثبت به حق الشفعة (المجلة/١٠٠٨) .

٥) الحجز[1] القضائي قانوناً لا تقبله الاموال العامة كأملاك الدولة

(١) ـ الحجز (بالزاي المعجمة) في الاصطلاح القانوني اليوم يسميه فقهاء الشريعة حجراً (بالراء المهملة) ، فهم يقسمون الحجر الى نوعين : **حجر الشخص** (وهو سلب أهليته أو الحد منها قضاء ، وهذا متفق مع الاصطلاح القانوني) ، **وحجر المال** أي عزله قضاء عن سلطة صاحبه تمهيداً لبيعه في وفاء الديون (المجلة/ ٩٩٨ و ٩٩٩) وهذا يسميه القانون **حجزاً** (بالزاي المعجمة) وهو الاصطلاح الافضل للتمييز بين النوعين في الاسم وان نظامه القانوني اليوم لا ينافي الشريعة بل يتفق مع قواعد المصالح المرسلة لأنه حكم استصلاحي لتنظيم وفاء الحقوق .

فلا يجوز حجز هذه الاموال لاستيفاء الدين . أما الأموال الخاصة فتحجز .

٦) في سريان حكم التقادم (مرور الزمن) ومدته[١] .

فالتقادم يسري في الحكم الفقهي على الحقوق الخاصة . ومدته العادية خمس عشرة سنة . فاذا مرت مروراً معتبراً دون ادعاء بالمال من قبل صاحبه لا تسمع دعواه بعدها

وأما حكم التقادم في الاموال العامة ومدته فعلى التفصيل :

أ) فمنها طائفة لا يتقادم الحق فيها أبداً . فاذا استولى على شيء منها أحد يجوز في كل وقت الادعاء به لرده الى أصله ، وذلك في كل ما هو مخصص بذاته لمنافع العموم ، كالطريق العام والنهر والمرعى (المجلة / ١٦٧٥) .

والنظر الفقهي في ذلك أن التقادم يتوقف سريانه بالمعاذير ، كالسفر والصغر والجنون . والناس كافة هم في الاصل أصحاب الحق بهذه الاشياء ، ولا يخلو مجموعهم من أصحاب الاعذار المانعة لمرور الزمن .

ب) ومنها طائفة يسرى عليها التقادم لكن مدته فيها تختلف عن مدة التقادم العادي في الاموال الخاصة .

فرقبة الأموال الموقوفة من منقول او عقار ، والحقوق العينية التي للاوقاف على بعض العقارات الاخرى من مملوكة او موقوفة ، وكذا أموال بيت المال ، كل ذلك مدة التقادم المانعة من سماع الدعوى به هي ست وثلاثون سنة ، إلا الاراضي الاميرية فمدة التقادم فيها عشر سنين (المجلة / ١٦٦٢) .

---

(١) – قدمنا في المدخل الفقهي العام في بحث الاستصلاح ان حكم التقادم بوجه عام مؤسس في الفقه الشرعي على قاعدة المصالح المرسلة في أصل فكرته وفي مدده (ر : المدخل الفقهي العام ف ٢/٢٩) .

على ان القانون المدني (وقبله قانون الملكية العقارية السابق) ، والقرارات المتعلقة بالتحديد والتحرير وانشاء السجل العقاري ، قد أتت بأحكام جديدة مفصلة في التقادم بالنسبة للعقارات الخاصة والعامة ، تختلف مددها بحسب وجود تسجيل او تصرف ، وبحسب أنواع العقارات ، فلتنظر في مواطنها من الأحكام العقارية .

١٥٧ – هذا ويمكن أن تعتبر الأموال الموقوفة ، من حيث الاحكام التي تراعى فيها ، حداً وسطاً بين الأموال الخاصة والعامة . ولذلك يسميها الأستاذ فتحي زغلول في شرحه للقانون المدني المصري (القديم) (ص/٥٠) باسم « **الاموال ذات الشبهين** » :

– فهي تشبه الأموال المخصصة للمنافع العامة من جهة غايتها وعدم جواز التصرف فيها .

– وتشبه الملك الخاص من جهة جواز امتلاكها بمرور الزمن وجواز حجزها وبيعها لمن كان له حق عيني عليها قبل وقفها ، او كان له دين على الواقف لا وفاء له الا منها .

١٥٨ – ملاحظات :

١) – في الفقه الاجنبي يقسمون الاموال الى : **أموال مادية ، وأموال معنوية** .

ويريدون بالمعنوية ما كان له اعتبار في ثروة الانسان ، ولكنه ليس أعياناً مادية في الوجود الخارجي . فتدخل في ذلك الحقوق الشخصية والعينية ، والمنافع ، والملكية الادبية للمؤلفين في انحصار حق طبع مؤلفاتهم ، والملكية الصناعية للمخترعين ، وحق استعمال العناوين التجارية ، ونحو ذلك .

فكل منفعة أو حق خولها القانون انساناً فهي **مال معنوي** يمكن أن يباع ويشرى .

وهذا التقسيم لا يتناسب مع مفهوم المال بالنظر الشرعي المبني عليه بحثنا فقد فرق فقهنا بين **المال** ، **والملك** فاعتبر الحقوق والمنافع ملكاً يستمتع به ، لا مالاً ترد عليه العقود ، الا استثناء كما تقدم .

لكن هذا التقسيم الى مال مادي ومعنوي يتناسب مع أحكام القانون المدني ، وقبله مع مقتضى المادة / ٦٤ / من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق ، تلك المادة التي أدخلت جميع الحقوق والمنافع في جملة الاموال التي يصح ورود العقود عليها .

فلذا لم ندخل هذا التقسيم في تقسيماتنا للاموال بالنظر الفقهي ، واكتفينا بالاشارة اليه .

٢) - يفرق ، في الاصل ، بين **الاشياء والاموال** .

- فالاشياء أعم من الاموال لان كل ما هو مال فهو شيء ولا عكس . فالشمس ، والقمر ، والهواء ، هي أشياء ، ولكنها ليست أموالاً بالنظر الشرعي ولا القانوني . فبين المال والشيء من النسبة ما يسمى **العموم والخصوص المطلق** .

غير ان الاصطلاح الحقوقي على عدم التفرقة بينهما ، وعلى ذلك جرى القانون المدني أيضاً (ر : كتاب « الاموال » للأستاذ محمد كامل المرسي ف/٢) . وذلك لان الاشياء التي يتناولها البحث الحقوقي إنما هي ما يمكن أن تتعلق به الحقوق ، وهو الاموال .

الباب الثالث

في الاشخاص

الفصل الثالث

لمحة عامة

ارتباط فكرة الحق بالشخصية الانسانية — أحوال الانسان في نطاق شخصه وأسرته — علاقته في المجتمع — تطور النظر الحقوقي الى الشخصية .

١٥٩ . رأينا في الفصل الاول أن الاشخاص من عناصر الحق و الالتزام فالحقوق جميعاً ،والالتزامات ، إنما تكونان للاشخاص وعليهم : فالحقوق كزمام في يد شخص ؛ والالتزامات كوقر على كتف شخص .

فالشخصية الانسانية هي منشأ فكرة الحق المدني وعليها مداره واستقراره، فمنها مبدؤه وإليها منتهاه والانسان في ذلك دائماً طالب أو مطلوب[1] .

فتصور الاشخاص متلازم مع تصور الحق لا ينفك عنه ، لانهم على كل حال هم أهل الحقوق وحملتها . ولولا التزاحم بين أفرادالناس على المنافع الحيوية لما كان من مجال لوجود فكرة الحق ونظامه بينهم (ر : ف /١) .

---

(١) — لئن أقرت بعض النظريات أن حقوق الارتفاق العقارية انما هي حقوق لعقار على عقار ، وليست لاشخاص ، فليس معنى ذلك انتفاء العنصر الشخصي أصلاً من حق الارتفاق ، وإنما معناه أن الشخص فيه غير معين ، لان تبدل المالكين في العقارين لا يؤثر في شيء من أوضاع الحق بين العقارين ، بل يبقى ثابتاً بينهما . ولكن حق الارتفاق في الحقيقة إنما هو لمصلحة الاشخاص المالكين بلا تخصيص ، فهم المتمتعون به المنتفعون بثمرته (ر: ف/٨/الحاشية) .

حتى ان فريقاً من القانونيين يرون أن الحق العيني نفسه هو ، كالحق الشخصي يشتمل على جانبين من الاشخاص لا على جانب واحد ؛ ففيه صاحب الحق من الجهة الايجابية كما تقدم ، وفيه من الجهة الاخرى السلبية جميع الناس يعتبرون مكلفين شرعاً ان لا يمانعوه في استيفاء حقه ولا يحولوا بينه وبينه (ر : « الاموال » للأستاذ محمد كامل المرسي ، ف/ ١٣٥ / ، ونظرية العقد للأستاذ السنهوري) .

فالفرق الحقيقي بين الحقين الشخصي والعيني أن الطرف الممثل للناحية السلبية هو في الحق الشخصي شخص معين ، وفي الحق العيني هو غير معين لانه الناس كافة . وهذا مستند مذهب « **الشخصيين** » في الفقه الاجنبي الذين يرون أن جميع الحقوق شخصية .

١٦٠ ان رجال الحقوق والقانون إنما يعنون بدراسة أحوال الانسان من جهة أنه مخلوق ذو حقوق ، فيبحثون في شأنه من ناحيتين :

١) فيما يتبع شخصه من الخصائص والاحكام في نطاق ذاته وأسرته فيبحثون بدء شخصيته وانتهاءها ، وموطنه ، وغيابه ، وفقدانه ، وأهليته على اختلاف أنواعها ، وزواجه ، وطلاقه ، وما ينشأ عنها .

وهذا هو قسم **الاحوال الشخصية** .

وقد جرت العادة في ترتيب القوانين المدنية الحديثة أن تستهل بالبحث عن هذه لاحوال الشخصية وأحكامها تحت عنوان . **الاشخاص** .

٢) ـ في اتصاله بأبناء جنسه عامة ، وما يولده ذلك بينهم من حقوق وواجبات .

وهـذا هو قسم **المعاملات المدنية** الذي يشتمل عـلى نظرية الالتزامات وأحكام العقود ، وعلى نظرية الحقوق العينية أو الاموال .

١٦١ ـ وإن فقهاءنا قد بحثوا في أحوال الاشخاص ودونوا أحكامها في شتى النواحي ، ولكنهم لم يفردوها بقسم مستقل من الفقه تكون فيه مجموعة بعضها إلى بعض ، ومفصولة عن سواها من الاحـكام التي تنظم علائق أفراد المجتمع المالية ، بل سلكوا ترتيباً آخر كانت به أحوال الاشخاص متفرقة خلاله.

فلم يكن ينظر الى تلك الاحوال أنهـا تقسيمات وأحكام تتعلق بشخص الانسان حتى يجمع بينها بهذه الرابطة، وإنما كان منظوراً اليها انها ابواب من الفقه رتبت مع سواها بشتى المناسبات، ماخلا **النكاح والطلاق وتفاريعهما** ، فان معظم المتأخرين من الفقهاء يذكرون ابوابها متتابعة بعد قسم العبادات وقبل المعاملات، لاباعتبار انها يتعلقان بالاحوال الطارئة على ذات الاشخاص ، بل باعتبار ان

فيها نواحي حل وحرمة ، ونواحي مالية فهيا لذلك حد وسط بين العبادات والمعاملات ، أو هما معاملات غير مالية .

على ان العلامة قدري باشا المصري رحمه الله هو اول من جمع ابواب الاحوال الشخصية من الفقه الحنفي في مؤلف خاص ، وفصل احكامها في مواد متسلسلة على الطريقة القانونية ، فكون منها مجموعة مستقلة في كتابه « **الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية** » .

١٦٢ – تطور النظر الى الشخصية :

الشخصية ، في الاصل ، إنما هي الشخصية الطبيعية التي تتجلى بكل فرد من افراد الانسان . فكل واحد منهم شخص مستقل بشخصيته التي تثبت بها له حقوق ، وعليه واجبات .

غير ان النظر الحقوقي قد تطور في تصور الشخصية منذ القديم الى أبعد من هذا الحد الطبيعي المادي ، إذ لحظ ان هناك جهات من المصالح العامة الدينية ، من أماكن العبادة ونحوها ، هي ثابتة دائمة وغير مختصة بشخص معين ، وتتوقف حياتها على نفقات دائمة . فكانت ترصد لها اموال ومستغلات ، كالوقف ، تعتبر ملكاً لها لسد حاجتها ، وتعقد من أجلها وباسمها عقود ، ويقوم على ذلك سدنتها وكهنتها باسمها .

فمن هنا اعتبرت لتلك المؤسسات العامة شبه شخصية الافراد الطبيعيين في قابلية التملك وثبوت الحقوق ، لأنها مادامت لمصلحة الجماعة فهي في حكم مجموع شخصياتهم .

١٦٣ – ثم تطور النظر الحقوقي في تجريد الشخصية الى صورة أخرى ، وذلك بعد ان عرف الناس اسلوب اجتماع الجماعات المنظمة التي تتوحد فيها الجهود والاموال من اناس عديدين في سبيل الاكتساب المشترك ، او النفع العام .

فقد لوحظ ان كلاً من هذه المنظمات ، يتألف من مجموع افرادها وحدة شخصية ذات مصلحة وحقوق مستقلة عن شخصية ومصالح كل فرد من افرادها ولا سيا بعــد ان عرف من الشركات انواع تكون فيها مسؤولية الشركة في معاملاتها المالية **مقصورة على مال الشركة** ، أي غير سارية على الذمم العامة للشركاء : فلو افلست الشركة لايكون الشركاء مسؤولين عن ديونها في اموالهم الاخرى التي لهم في خارج الشركة

فهذا يقتضي اعتبار ذمة خاصة للشركة منفصلة عن ذمم الشركاء المتكونة منهم.

فتولد من هذا الوضع وامثاله تصور شخصية تنشأ من اجتماع عدة اشخاص على عمل ذي غاية مشروعة ، وتنفصل في الاعتبار الحقوقي تلك الشخصية الحاصلة من اجتماعهم عن شخصياتهم الفردية :

أ) - فان كانت الغاية من اجتماع الشخصيات هي توحيد الجهود الفردية حتى يتكون منها قوة اكبر على عمل يبتغي به الربح والاكتساب المالي فهي **الشركات** من تجارية او صناعية .

ب) – وان كانت الغاية ليست ابتغاء الكسب والارباح وانما هي خدمة مصالح عامة دينية او علمية او ادبية او اجتماعية او انسانية الخ . فتلك في لغة العرف الزمني والقانون هي **الجمعيات**

١٦٤ – فهذه الشركات او الجمعيات بشخصيتها المجردة عن شخصيات اعضائها تعقد العقود باسمها ، وتملك ، ويستحق عليها الخ .. وتكون ذات ذمة مالية كافراد الناس .

وهـذه الشخصية المجردة التي تعتبر لها من الوجهة الحقوقية قد سميت في الاصطلاح القانوني الحديث : **الشخصية الاعتبارية** ، ويقال لها ايضاً ، الشخصية الحكمية ، والشخصية المعنوية . وتسمى في الفقه الاجنبي : personnlité morale

وهكذا تطور النظر الحقوقي وتجرد عن التقيد بالناحية المادية المحضة ، فألقى ثوب الشخصية على غير الاشخاص الطبيعيين ، من اوضاع ومؤسسات وجماعات نشأت في المجتمع الحقوقي، ودخلت في المضمار المالي وميدان المعاملات، واصبح لها في نظر القوانين موقع شخصي ذو شأن كبير يزداد مكانة واتساعاً على الزمن كما اصبح لها في النظر السياسي اهمية عظيمة لما تملكه من قدرة مالية وعملية لايملك مثلها الفرد عادة .

١٦٥ - وقد اختلفت الآراء الحقوقية الحديثة اختلافاً كثيراً في تحليل ماهية الشخصية الاعتبارية ، وهل هي شخصية حقيقية او افتراضية ، وفي شروط وجودها واعتبارها ، مما يدخل كثير منه في حدود المناقشات النظرية، ولا يؤثر في اعتبارها بخصائصها واهليتها كالاشخاص الطبيعيين من افراد الناس.

والفقه الاسلامي قد أقر فكرة الشخصية المعنوية ، ورتب على اعتبارها أحكاماً ، كما سنرى ، وان لم يسمها بهذا الاسم .

الفصل الثاني

تقسيم الاشخاص ومجمل احكامهم

١٦٦ مما تقدم يتضح أن الأشخاص في النظر التشريعي قد اصبحت تنقسم الى قسمين :

- الاشخاص الطبيعية
- والاشخاص الاعتبارية ، او الحكمية

ومن ثم يتفرع هذا الفصل الى فرعين :

الفرع الأول

الاشخاص الطبيعيون

تعريف الشخص الطبيعي — بدء الشخصية وانتهاؤها — النظم الادارية المتعلقة بالولادة والوفاة — أهلية الاشخاص — النيابة الشرعية ، او الولاية والوصاية - النسب والقرابة - الفقدان - الزواج وما يتفرع عنه - الموطن ، او (المقام).

١٦٧ فالاشخاص الطبيعيون هم أفراد الناس فكل منهم ذو اهلية وذمة ، له حقوق وعليه واجباب .

والاحوال الشخصية للاشخاص الطبيعيين وأحكامها ، مما يتعلق بذواتهم مباشرة او يتفرع عن شخصيتهم ، كثيرة متشعبة ، نشير اليها بالترتيب التالي :

١٦٨ - (أولاً) - بدء الشخصية وانتهاؤها :

(أ) - ابتداء الشخصية :

ان الاحكام التي قررها الفقهاء تدل على ان شخصية الفرد يبـدأ اعتبارها الشرعي منذ علوقه في رحم أمه بشرط أن يولد حياً ولو تقديراً [١] .

ويعتبر قد ولد حياً اذا خرج اكثره وهو حي .

وانما اعتبر الفقهاء ابتداء شخصية الانسان منذ العلوق ، أي التصوير في الرحم ، لأن الشرع اثبت للحمل حقاً في الارث ، وأوجب، ان مات مورثه، ان يوقف له اكبر النصيبين على تقـــدير كونه ذكراً او انثى . وكذلك تصح الوصية له والوقف عليه ؛ بشرط أن يتحقق وجوده في الرحم عند هذه التصرفات، بان يولد لاقل من ستة اشهر من تاريخ الوقف او الوصية (وهـذه المدة هي أقل مدة الحمل) ، كي ينتفي امكان حصول الحمل بعدها [٢] .

---

(١) - تكون حياة الحمل عند الولادة تقـديرية في حالة اسقاطه بجناية ، كما لو ضرب شخص بطن امرأة حبلى فأسقطت جنيناً ميتاً ، فانه يرث ويورث، كما في رد المحتار وغيره اواخر الفرائض .

(٢) - اذا كان والد الحمل متوفي تصـــح هذه الالتزامات له من وصية وغيرها اذا ولد لاقل من سنتين من تاريخ الوفاة ، وهي اكثر مدة الحمل عند الحنفية ، لأن نسبه عندئذ يثبت ولو ولد لهذه المدة ، فيستلزم ذلك اعتبار =

وصححوا الاقرار للحمل أيضاً اذا بين المقر سبباً صالحاً لاستحقاق الحمل من وصية أو ارث (ر : السراجية فصل الحمل ، والدر المختار ورد المحتار كتاب الاقرار ٤/٤٥٥ ، والمواد / ٥٤٠ و ٦٣١ / من الاحوال الشخصية لقدري باشا).

فهذه الاحكام تستلزم اعتبار الشخصية للحمل ولا يمكن أن تثبت مع عدم اعتبارها . وحقوق الحمل إجمالاً متفق على تقريرها واثباتها في الشرائع الوضعية فجميع القوانين المدنية الحاضرة تثبتها[1] .

=وجوده قبل الوفاة . لكن المادة / ١٣٠ / من قانون الاحوال الشخصية لدينا قد نزلت بأكثر مدة الحمل الى سنة شمسية . فلا يثبت نسب للمولود بعد انقضاء سنة من تاريخ انحلال الزوجية الا اذا ادعى الزوج نسبه .

(١) ـ جاء في القانون المدني العراقي : **« ان شخصية الانسان تبدأ بتمام ولادته حياً . وأما حقوق الحمل فيحددها قانون الاحوال الشخصية » اهـ .**

ثم جاء أخيراً القانون المدني في سورية وأصله المصري الجديد بنص مماثل لهذا في المادة / ٣١ / منه .

ولا يخفى ان هذا النص يتنافى فيه اعتبار الولادة مبدأ للشخصية مع اثبات الحقوق للحمل ، فبين الاعتبارين ظاهرة تناقض ، إذ كيف يمكن ان تكون للحمل حقوق مسلمة في قانون الاحوال الشخصية ، ولا تكون له شخصية ؟

ولعل وجهة النظر القانونية هـذه هي ان الشخصية لا يستقر اعتبارها والحقوق الناشئة لها الا ببروز الجنين حياً الى الحياة الخارجية .

لكن هذا البروز إنما هو في الحقيقة شرط لاستناد اعتبار الشخصية فاذا تحقق تحققت الشخصية مستندة الى أول الحمل لا مقتصرة على تاريخ الولادة .

وان القانون الفرنسي ، بعد ان كان يعتبر ابتداء الشخصية بالولادة، رجع=

١٦٩ - (ب) - انتهاء الشخصية :

واما انتهاء الشخصية في النظر الفقهي فبالموت ، وإن كان الموت فور الولادة.

غير أن زوال الشخصية بالموت لا يستلزم زوال آثارها من ذمة وأهلية، بل يعتبر للذمة وأهلية الوجوب استمرار موقت بعـد الموت بقدر ما تقتضيه تصفية الحقوق التي لها ارتباط بأعمال الحياة السابقة .

فبعد الموت يملك الميت ما كان باشر سبب ملكه في حياته . وذلك كمن نصب شبكة للصيد ومات ، فوقع فيها الصيد ، فانه يملكه ويدخل في تركته .

وكذا يضمن ما كان باشر سبب ضمانه ، كمن حفر حفرة في الطريق العام ومات ، فوقع فيها حيوان ، فان ذمة الميت تشغل بقيمته فتؤخذ من تركته .

وتقدير هذا الاستمرار للاهلية والذمة هو حالة استثنائية قضت الضرورة باعتبارها لتوجيه الأحكام ، فلا يعتبر للأهليـة والذمة استمرار وصلوح لانشاء أحكام جديدة بعد الموت . ولذا لا تصح الوصية لميت ولا الهبة له .

=الى النظرية الرومانية في اعتبار بدء الشخصية منذ تصور الجنين في الرحم تحقيقاً لمصالح وحقوق قد يستفيد منها الحمل ، ولكن بشرط أن يولد حياً ولو لحظات وغير ناقص الخلقة نقصاً لا يمكن معه استمرار الحياة (ر : كتاب الحقوق المدنية الفرنسية للاستاذ محسن البرازي ج ١ ص/٥٦ و ٥٧) .

وان محل النظر في القانونين العراقي والسوري انمـــا هو في تحديد الحد الاعتباري لمبدأ الشخصية . أما حقوق الحمل فقد اقرها كما رأيت .

فـكان المناسب أن يقال فيه : « ان مبدأ الشخصية أول الحمل » .وبذلك يتلاءم مع ما يقتضيه الفقه الاسلامي ، ومع الفقه الاجنبي الحديث ايضاً ، كما يتلاءم عندئذ مع ما اقرته القوانين نفسها من حقوق الحمل .

وقد اختلف الفقهاء في اعتبار مصير دين الميت **اذا لم يترك مالاً ولا كفيلاً** قبل مماته .

فقال أبو حنيفة : ان ديونه عندئذ تعتبر كالساقطة بالنسبة الى هذه الحياة الدنيا لعدم امكان المطالبة بها ، وإن كان بالنسبة الى الآخرة مسؤولاً عنها.

– وقال الصاحبان والأئمة الثلاثة لا تسقط تلك الديون بالموت .

وثمرة الاختلاف تظهر في الكفالة بعد الموت :

أ) – فعلى الرأي الاول لا تصح الكفالة بما على الميت بعد الموت ، لأن الكفالة التزام المطالبة من الكفيل بما يطالب به الأصيل ، وقد امتنعت المطالبة في هذه الحال عن المدين الأصيل بالموت ، فلم يبق محل يصح به الالتزام بالكفالة.

ب) – وعلى الرأي الثاني تصح هذه الكفالة ، لأن الذمة مشغولة في الواقع[1] . وقد تقدم ذلك في بحث الذمة (ر ف ١٢٥ – ١٢٦)

---

(١) – استدل القائلون بهذا بحديث جابر بن عبد الله :

« ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يصلي على رجل مات وعليه دين ، فاتي مرة بميت ، فقال : أعليه دين ؟ قالوا : نعم ، ديناران ؛ قال : صلوا على صاحبكم . فقال ابو قتادة الانصاري : هما علي يا رسول الله ، فصلى عليه عندئذ .

وقد قال الشيخ عبد العزيز البخاري في شرحه « **الكشف** » على أصول فخر الاسلام البزدوي في بيان الدليل النظري لرأي أبي حنيفة بالسقوط

« ان ذمة الميت لم تبق محلا لوجوب الحقوق فيها ابتداء بعد الموت ، وكما يشترط المحل لابتداء الالتزام يشترط لبقاء الحق ، لان ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء » (كشف=

١٧٠ ـ النظم الادارية المتعلقة بالولادة والوفاة

ان ولادة الأشخاص ووفاتهم حادثان هامان ينشأ عنها ثبوت وزوال وانتقال في الحقوق والالتزامات تبعاً للأشخاص ، وانحلال في الروابط الزوجية ، وتبدل حدود وشروط في ثبوت الانساب ، الى غير ذلك من الأمور الهامة

وقد جعلت النظم الزمنية حوادث الولادة والوفاة تابعة لمبدأ العلنية والرقابة الحكومية . فانشىء سجل الأحوال المدنية (النفوس) في العهد العثماني وفقاً لمقتضى التنظيم المدني والمصلحة العامة . ولم تقتصر فائدة هذا السجل على خدمة الحقوق المدنية فحسب ، بل أصبح خادماً للناحية السياسية في حقوق الجنسية وتابعية الأشخاص ، والانتخابات النيابية ، وللاحصاء وغير ذلك من الاعتبارات .

وقد أصبحت حوادث الولادة والوفاة واجبة التسجيل في سجل النفوس ، كما أصبح دفن الموتى بمقتضى هذه النظم تابعاً للترخيص من دوائر النفوس وطبابة البلدية ، وفقاً لمراسم معروفة في أنظمتها الخاصة ، حذراً من وجود جرائم سرية في حوادث الوفاة ، أو اوبئة مرضية سارية تحتاج الى تدابير صحية واقية في بيت الوفاة .

وهذه القضايا مرجعها قوانينها الخاصة لأنها من التدابير الادارية الزمنية الموكول تنظيمها الى ولاة الأمور بقاعدة المصالح المرسلة ولا أثر لمباحثها في الفقه وكتبه .

= الاسرار ج ٤ ص / ٣١٤) .

اقول : ويلاحظ هنا أن لفظ « **الالتزام** » في كلامه هنا قد استعمل فقهاً بمعناه الحقوقي الحديث المتقدم بيانه في الفصل الأول ، وهو أيضاً اصطلاح شائع في الفقه المالكي ، كما تقدمت الاشارة اليه (ر : ف / ٤٥ / الحاشية) .

١٧١ ـ القوة الاثباتية لسجلات الاحوال المدنية :

أما القوة الاثباتية لقيود سجلات النفوس فان الاجتهاد القضائي لدينا قد كان لا يعتبر تلك القيود كافية للاثبات أمام القضاء في الحقوق المالية ، وإنما يستأنس القضاء بها استئناساً ، لأنها غير معدودة من جملة الحجج الخطية في المجلة ولا في قانون أصول المحاكمات العثماني ، ولأنها لا تخلو عن شبهة الكذب في الاخبار الذي يبنى عليه التسجيل ليتخلص ذوو العلاقة من العقوبة القانونية عن تأخير التسجيل أو اهماله ، أو لدواع أخرى .

أما في صلاحية القضاء الادارية ، كالترخيص بالزواج ونصب الاوصياء ، فان تلك القيود كافية لاعتماد القضاء عليها .

لكن قانون الاحوال المدنية الجديد الصادر في سورية سنة ١٩٥٧ قد أعطي لقيود السجلات المدنية قوة اثباتية صالحة للاحتجاج بها قضاء الى أن يثبت تزويرها إذا سجلت وقائعها في مددها الاصلية وفقاً للمادة / ٢٢ منه .

وأما في الاحكام الفقهية فتثبت الولادة بشهادة القابلة وحدها على رأي الصاحبين ، لانها من الحوادث التي لا يطلع عليها الرجال عادة ، كما تكفي شهادة القابلة أيضاً لتعيين الولد .

وتثبت الوفاة بشهادة التسامع ، فلا يشترط أن يكون الشاهد فيها قد حضر الوفاة ، بل يكفي أن يكون سمع بها من الناس الذين شاع خبرها فيهم .

١٧٢ - (ثانياً) ـ أهلية الاشخاص :

ان مما يرافق وجود الشخصية من الوجهة الحقوقية أهلية الاشخاص .وقد بينا في نظرية الاهلية والولاية من الجزء الاول (المدخل الفقهي العام) أن الاهلية نوعان :

- صلوح الاشخاص لان تثبت الحقوق لهم أو عليهم .

- وقابليتهم لان يمارسوا حقوقهم وتصح فيها تصرفاتهم وأعمالهم .

فالنوع الاول المؤهل لثبوت الحقوق للشخص أو عليه هو: **أهلية الوجوب** والثاني المؤهل للممارسة وصحة الافعال هو : **أهلية الاداء** .

والاهلية بنوعيها تمر على مراحل في طريق تكاملها : فتبدأ أهلية وجوب ناقصة ، وتنتهي الى أهلية أداء كاملة ، بحسب الاطوار التي يمر بها الانسان منذ تكونه في الرحم الى بلوغ عقله وتكامل رشده .

وقد فصلنا ذلك في موضعه من نظرية الاهلية هناك . وبينا أن الجنين يتمتع شرعاً بأهلية وجوب ناقصة . ولذا تثبت له من الحقوق أربعة أشياء: **النسب ، والارث ، والوصية له ، والوقف عليه** ، بشرط أن يتحقق وجوده شرعاً عند الوقف أو الإيصاء أو موت المورث ، وذلك بان يولد حياً لاقل من ستة أشهر - وهي أقل مدة الحمل - من تاريخ أسباب الاستحقاق هذه ، او بأن يولد قبل انقضاء أكثر مدة الحمل من تاريخ انحلال الزوجية بين أمه وأبيه اذا كانت الزوجية منحلة عند الإيصاء للحمل او الوقف عليه ، لان نسبه عندئذ يثبت من أبيه بولادته خلال أكثر مدة الحمل . وهذا يستلزم اعتبار علوقه ووجوده قبل انحلال الزوجية[1] .

أما الاقرار للحمل بحق فيصح إذا بين المقر سبباً صالحاً لملك الجنين من الاسباب المتقدمة : اي من ارث ، او وصية ، او وقف ، بخلاف الهبة فانها لا تصح للحمل (ر : الدر المختار ، كتاب الاقرار ٤ / ٤٥٥) .

وهذا ايضاً يؤيد ما بيناه سابقاً ان بدء الشخصية منذ اول الحمل ، لا منذ الولادة ، اذ لا يعقل ان تبتدىء الاهلية قبل ان تتكون الشخصية .

---

(١) - انظر ما تقدم آنفاً حول اكثر مدة الحمل (ف / ١٦٧ ح) .

تنبيـه :

قد يذكر بعض الفقهاء « **ان الجنين لا أهلية له** » ، كما ورد ذلك في كتاب الإقرار من الدر المختار في بحث الاقرار للحمل (٤ / ٤٥٥) .

وقد ذكر ذلك تعليلاً لبطلان الاقرار للحمل إذا ولد ميتاً ، بعد أن ذكر قبله صحة الاقرار له إذا ولد حياً وكان المقر قد بين لاقراره سبباً صالحاً لملك الحمل .

ومن الواضح ان قصدهم إنما هو تارة نفي الاهلية مطلقاً عنه اذا لم يتحقق شرطها وهو ولادته حياً ، وتارة نفي أهلية الوجوب الكاملة لا مطلق الاهلية ، فقد صرح الاصوليون بثبوت أهلية وجوب ناقصة للحمل ، ورتب الفقهاء عليها الاحكام السالفة البيان .

١٧٣ – (ثالثاً) – النيابة الشرعية ، أو الولاية والوصاية

ان نقص أهلية الاشخاص من الوجهة الحقوقية يجعلهم في حالة قصور . وهذا النقص : إما طبيعي أصلي ، كحال الصغار ؛ وإما طارىء ، كالجنون والعته والسفه .

ومن هنا نشأت نظرية عدم الاهلية التي تقضي بانشاء **نيابة شرعية** عن القاصرين لصيانة حقوقهم ولممارسة التصرفات التي يحتاجون اليها .

وهذه النيابة لها صورتان : **الولاية والوصاية** . وقد تقدم ايضاحها في بحث النيابة من نظرية الأهليـة والولاية من الجزء الثاني فلتنظر هناك ، وفي المواد / ٤٢٠ – ٤٩٩ / من كتاب الاحوال الشخصية لقدري باشا ، وفي المواد / ١٦٢ – ٢٠٦ / من قانون الاحوال الشخصية في سورية .

١٧٤ - (رابعاً) - النسب ، والقرابة

من أهم الأحوال الشخصية شأناً **النسب** ، لأنه ينشأ عنه ثلاثة أمور ذات بال : حقوق الإرث ، وحقوق النفقة ، والسلطة الأسرية التي من فروعها الولاية على النفس .

ولكل انسان « في الواقع » ، نسب ينتمي به الى أب وأم ، وينتمي بواسطتها الى القرابات من سواهما

ومتى ثبت النسب لا يقبل التحول ، ويسري ثبوته على الكافة ، بخلاف الحقوق الأخرى المالية ، فان ثبوتها يقتصر على من أثبتت عليه ، فلغيره أن يعترض عليها بدعوى الاستحقاق ، فينقض ثبوتها الأول ، كما يعرف في محله من بحث الدعوى والبينات .

والقاعدة العامة في ثبوت النسب ان « **الولد للفراش** » ، وهي نص حديث نبوي ثابت .

ومعناه أنه متى كان بين رجل وامرأة فراش مشروع أي حل استمتاع - فالأصل فيه أن الولد الذي تأتي به تلك المرأة يضاف نسبه الى ذلك الرجل .

على أنه اذا كان الزوج يتيقن ان الولد ليس منه فقد شرع له **طريق اللعان** : وهو أربع ايمان أمام الحاكم ، موثقة بدعاء ، يحلفها الزوج على صدق تهمته لزوجته ، وتحلفها هي على كذبه ، وذلك بناء على طلب المرأة المتهمة ، تبرئة لنفسها .

ونتيجة اللعان تفريق الحاكم بين الزوجين وعدم جواز زواجها بعد ذلك ، وقطع نسب الولد عن الزوج ، والحاقه بأمه .

١٧٥ - هذا ، وان النسب تعتريه حالتان : (١) عـدم الاعتبار ، (٢) والجهالة .

(أ) - فأما عدم اعتبار النسب فذلك عندما يكون النسب غير مستند الى طريق حل مشروع بين الرجل والمرأة ، ولا شبهة حل ، فيكون الاتصال من قبيل الزنى المحض ،فلا يعتبر به الشرع نسباً .

ولم يقر الشرع الاسلامي هنـا ماتقره بعض القوانين الاجنبية اليوم من البنوة الطبيعية وحقوقها .

غير أن الاجتهاد الحنفي يثبت حرمـة التناكح في القرابات من الزنى كما في قرابات النسب الصحيح دون ماغير ذلك من نتائج النسب. فلا يجوز للرجل مثلاً أن يتزوج ابنته او اخته من الزنى. وهذا مبني على قاعدة حرمة المصاهرة المعروفة في اماكنها من أحكام الاحوال الشخصية .

(ب) - وأمـا جهالة النسب فمعناها أن لايكون للشخص نسب شرعي معروف ، لا في محل وجوده ولا في مكان آخر . وعندئذ يجوز لكل واحـد أن يدعي نسبه ، فيثبت نسبه منـــه اذا صدقه ، الا أن يكون ظاهر الحال لايحتمله كمن اعترف لمن يساويه في السن او يكبره أنه ابنه ، او أن يكون في دعواه واعترافه تحميل للنسب على الغير ، كمن اعترف لمجهول النسب انـــه أخوه ، فان فيه إلزاماً لأبيه ببنوة هـــذا المجهول ، فلا يسري على الأب الا بتصديق منه .

والحالة البارزة في جهالة النسب تتجلى في اللقيط، وهو الطفل المنبوذ الذي لايعرف لمن هو ؟ وله أحكام خاصة فيما يتعلق باعتبار ديانتـــه، وحـق حفظه وحضانته ، والولاية على نفسه وماله ، ووجوب نفقته الخ .. معروفة في كتاب

اللقيط من الفقه الاسلامي ، وفي المواد /٣٥٦ - ٣٦٤/ من كتاب الاحوال الشخصية لقدري باشا ، فلتنظر فيها .

وقد صدر في سورية في عهد الانتداب الفرنسي قانون خاص بشأن اللقطاء.

هذا ، وان قضية النسب تعد من تفاريع المناكحات . غير أننا افردناها هنا بالإشارة اليها ، لأنها وضع مستقل لشخص ثالث غير الزوجين يرافق وجوده وينفصل عن الحقوق الزوجية وتوابعها بين أبويه .

وان تفاصيل أحكام النسب ترى في باب « ثبوت النسب » من كتاب النكاح في الفقه ، وفي المواد /٣٣٢ - ٣٥٥/ من الاحوال الشخصية لقدري باشا .

١٧٦ - (خامساً) - المقام (الموطن)[1] .

ان مقام الشخص هو مركزه الشرعي الذي ينسب اليه ويقوم فيه باستيفاء ماله وايفاء ماعليه ، ويعتبر مقراً له ولو لم يكن حاضراً فيه بعض الاحيان أو اغلبها ، ويفرض انه لا يجهل مايحصل فيه مما يتعلق بنفسه . (ر: شرح القانون المدني المصري لأحمد فتحي زغلول باشا ص/٢٤) .

ومعرفة هذا المقام من أهم الشؤون القانونية والقضائية اليوم .

والفقه الاسلامي لم يعن كثيراً ببحث مقام الاشخاص لأنه لم يكن تتعلق به نتائج فقهية مهمة قبل تأسيس الاوضاع القانونية الاصولية في القضاء والادارة ، وإنما كانت ثمرة بحثه ومعرفته شرعاً تنحصر في نواح معدودة من أمور العبادة والمعاملات .

١٧٧ - شأن المقام (الموطن) في ظل الاحكام الشرعية

وللمقام معنيان يتعلق بكل منهما أحكام شرعية في الفقه الاسلامي :

---

(١) - المقام (بضم الميم) اسم مكان من الاقامة . ولا يسوغ فيه الفتح ، لأنه بفتح الميم معناه مكان القيام لا الاقامة .

١) – **المعنى الاول** : مقر الاقامة ، أي المسكن او المأوى .

٢) – **والمعنى الثاني** : موطن الاقامة ، أي البلد .

(أ) – الاحكام الشرعية المتعلقة بمقر الاقامة :

فمما يتعلق بالمسكن او مقر الاقامة ، ماأوجبته الشريعة على المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أن تقضي عدتها في بيت **الزوجية** الذي كان مقراً لسكناها وهي في عصمة زوجها . فلا يجوز لها شرعاً أن تخرج من هذا البيت خلال العدة الا اذا كانت هناك ضرورات ملجئة .

والحكمة التشريعية في ذلك هي صيانة سمعة المرأة ونسب الحمل المحتمل وجوده حين انحلال الزوجية بالطلاق او موت الزوج . فان المرأة اذا خرجت من بيت الزوجية اثر الطلاق او موت الزوج، ثم ادعت حملاً ، فربما يزعم الزوج المطلق او ورثة الزوج المتوفى أن الحمل حادث بعد انحلال الزوجية . فلذا وجب أن تقضي الزوجة عدتها الشرعية في بيت الزوجية دون ان تخرج، قطعاً للشبهات والافتراءات ، وصوناً للنسب .

وكذلك اوجبت الشريعة على الزوجة متابعة الزوج بعد ادائه مهرها غير المؤجل الى المسكن الشرعي ، وهو دار الزوجية التي يهيئها لها . فان لم تتابعه اليها ، او تركتها بعد المتابعة بلا حق ، تعتبر ناشزة ، ويسقط حقها عليه في النفقة الزوجية مدة نشوزها .

(ب) – الاحكام الشرعية المتعلقة ببلد الاقامة .

ومما يتعلق بالموطن ، او بلد الاقامة ، مانص عليه متأخرو الفقهاء من أنه لايحق للزوج أن يجبر الزوجة على متابعته في سفره الا الى مكان هو موطنها وقد

تزوجها فيه [1] ، وذلك لتغير الزمان وسوء أخلاق الناس ، وقد كان الحكم في اصل المذهب انها تجبر على متابعته ولو الى غير موطنها الذي تزوجها فيه .

وكذا لا يحق للمطلقة ان تسافر بولدها الذي في حضانتها دون رضى أبيه الذي طلقها إلا الى موطنها الذي كان تزوجها فيه .

١٨٧ ـ شأن المقام (الموطن) في ظل الاوضاع القانونية :

وبعد ان تأسست الأوضاع القانونية في هذه البلاد ، ونظمت التشكيلات العدلية ، ووضع قانون أصول المحاكمات ، وقانون التنفيذ ، وأصبح القضاء وتنفيذه تابعين للتبليغات إلى الشخص او الى مقامه ، وأصبح للمحاكم اختصاص مكاني اساسه اعتبار ان المحكمة المختصة هي محكمة مقام المدعى عليه الا في حالات استثنائية ، الى غير ذلك من الامور الكثيرة التي تتعلق باختصاص المحاكم وبالتبليغ وغيرهما ـ بعد كل ذلك اصبح لمعرفة المقام بمعنييه (المسكن والبلد) شأن كبير في سير المعاملات القضائية ومقدماتها وتوابعها .

والمقام بالنظر القانوني ثلاثة أنواع :

١) ـ المقام الاصلي او العام ، وهو الذي سلف بيانه اول البحث .

٢) ـ والمقام المختار ، وهو الذي يختاره الشخص بارادته لاعتبار صحة التبليغات الواجبة اليه وان لم يكن مقيماً فيه .

---

(١) ـ هذا اصبح معدلاً بالمادة /٧٠/ من قانون الاحوال الشخصية في سورية وقبله بالمادة /٧١/ من قانون حقوق العائلة العثماني فقد رجع القانون بهذا الموضوع الى حكم اصل المذهب الحنفي ، فأوجب متابعة الزوجة لزوجها والسفر معه الى بلد آخر اذا قبضت معجل مهرها ولم يكن مشروطاً في عقد الزواج عدم السفر ولم يكن في نظر القاضي مانع لها من السفر .

٣) ـ والمقام القانوني ، وهو الذي يعتبره القانون مقاماً لبعض الاشخاص: كمقام الزوجة عند زوجها ، ومقام الولد الصغير عند وليه .

وقد يكون المقام واحداً للشخص وقد يتعدد .

وتفصيل مباحث المقام قد تكفلت بها كتب اصول المرافعات فلتنظر فيها . (انظر ايضاً مدخل علم الحقوق للاستاذ الدكتور محمد علي عرفة ، ص / ٣٢٢ ـ ٣٢٤ / ؛ وموجز المدخل للعلوم القانونية للدكتور مرقس ص / ٣٢٥ ـ ٣٣٦) .

هذا ، وفي الحقوق الادارية والدستورية اعتبارات وأحكام هامة للمقام قانوناً ، تارة بمعنى الموطن ، واخرى بمعنى المقر ، كما في الانتخابات النيابية : فان كل انسان إنما يكون مرشحاً للنيابة عن منطقة اقامته او المنطقة التي يختارها، وذلك بحسب الطريقة التي يبنى عليها قانون الانتخابات من بين عدة طرائق معروفة في الحقوق الدستورية في اصول الترشيح والانتخاب والناخب دائماً إنما ينتخب في بلده وفي منطقة مقر اقامته اي مسكنه خاصة ، إلا في الحالات التي يستثنيها القانون .

وكل ذلك إنما العبرة فيه للمقام بحسب قيود سجلات الاحوال المدنية (النفوس) لا للاقامة الحقيقة . فما لم ينقل الانسان قيد مقامه في سجل النفوس من دائرة بلد الى آخر يعتبر مقامه حيث هو مقيد في السجل ، وان كان مقيماً فعلاً في بلد آخر .

١٧٩ ـ (سادساً) الفقدان

المفقود : هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ، ولا يدرى أنه حي او ميت .

فاذا كانت حياته معلومة ومكانه مجهولاً فهو غائب لا مفقود .

والنظرية الفقهية في المفقود تقوم على اعتباره حياً من وجه ، ميتاً من وجه:

أ) - فتعتبر حياة المفقود مستمرة بالنسبة الى حقوقه التي كانت ثابتة له قبل فقده : فلا توزع امواله بين ورثته ، ولا تتزوج زوجته غيره .

واذا كان له وكيل قبل فقده لحفظ أمواله وادارتها تبقي وكالته ولا ينعزل بفقده . واذا لم يكن له وكيل ينصب القاضي وكيلاً عنه .

ب) - ويعتبر المفقود كالميت بالنسبة الى استحقاقه من غيره مما يشترط فيه تحقق حياته : فلا يرث ممن يتوفى من مورثيه ، ولا يستحق ما يوصى له به . ولكن يوقف نصيبه من الإرث ومن الوصية الى ان تظهر حياته فيستحق ، او يحكم بموته فترد الأموال المتوقف فيها الى من كان يستحقها على تقدير وفاة المفقود.

ويحكم بوفاته بناء على غلبة الظن إذا انقرضت لداته - اي أقرانه في العمر - في موطنه .

وان لم يمكن تحري الاقران يقضي بوفاته عند بلوغه **التسعين من العمر** .

١٨٠ - وبما ان بقاء امرأة المفقود معلقة هذه المدة فيه حرج واعنات أخذت الماده / ١٢٧ / من قانون حقوق العائلة السابق لدينا بالاجتهاد المالكي في شأن زوجة المفقود ، فسوغت تطليقها منه بعد مضي اربع سنوات منذ اليأس من معرفة خبره ، الا اذا فقد في حرب فعندئذ يمكن ان يحكم القاضي بالتفريق بعد مضي سنة من رجوع الفريقين المتحاربين الى بلادهم .

وتعتد الزوجة من تاريخ الحكم بالتفريق ، فيباح لها بعد انقضاء العدة ان تتزوج . واذا عاد زوجها المفقود لا ينقض نكاحها الجديد

وفي هذا مصلحة ظاهرة . حتى ان المتأخرين من فقهائنا الحنفية أنفسهم استحسنوا الافتاء بمذهب مالك في ذلك .

وأخيراً جاء قانون الأحوال الشخصية في سورية سنة / ١٩٥٣ / فجوزت

المادة / ١٠٩ / منه للزوجة التي يغيب زوجها دون عذر مقبول أن تطلب الى القاضي التفريق بعد سنة من غياب الزوج .

ويشمل حكم هذه المادة المفقود أيضاً وان ورد التعبير فيها بالغياب .

وتفصيل أحكام المفقود من النواحي الأخرى الفرعية يرى في كتاب المفقود من الفقه ،وفي المواد / ٥٧١ - ٥٨١ / من الأحوال الشخصية لقدري باشا .

١٨١ - (الزواج) - وما يتفرع عنه :

إن الزواج وما ينشأ عنه هو من اعظم الاحوال الشخصية شأناً وأكثرها شعباً وفروعاً . وأحكامه يتألف منها كتاب واسع في أقسام الفقه وقد أفرد أيضاً بالتآليف الخاصة .

ويشتمل على مباحث هامة في عقد النكاح وشرائطه ، وحقوق الزوجين والمحللات والمحرمات من النساء ، وثبوت النسب ، والنفقات والطلاق باقسامه ومختلف أحكامه ، وأنواع الفرقات ، والعدة ، والرجعة ، والحضانة ، الى غير ذلك من المباحث .

وهذه المباحث وتفاصيل أحكامها ترى في كتاب النكاح من المؤلفات الفقهية وما فيه من أبواب وفصول؛ وفي المواد /١ - ٣٣٤/ من الاحوال الشخصية لقدري باشا ، وفي قانون حقوق العائلة العثماني السابق لدينا وفي المواد /١ - ١٦١/ من قانون الاحوال الشخصية في سورية .

الاشخاص الحكمية

الشخصية الحكمية في الفقه الاسلامي ، وفي النظر القانوني ـ عناصر الاشخاص الحكمية ـ عناصر الشخصية الحكمية ـ شريطتها ـ وميزاتها .

١٨٢ سنتكلم عن الشخصية الحكمية اولاً في الفقه الاسلامي ، ثم في الفقه القانوني ، ثم نبين عناصرها وشريطتها وميزاتها .

ومن ثم ينقسم الكلام في هذا الفرع الى ثلاثة مباحث

المبحث الاول

الشخصية الحكمية في الفقه الاسلامي

١٨٣ ـ قدمنا أول هذا الفصل أن الفقه الاسلامي قد أقر الشخصية الحكمية ، أي الاعتبارية ، ورتب عليها أحكاماً .

وإذا رجعنا الى النصوص والمصادر الاصلية في الشريعة وجدنا فيها أحكاما تشعر بانها انما بنيت شرعاً على فكرة الشخصية الاعتبارية بنظر اجمالي يستلزمه ايجاب الحكم، ووجدنا ايضاً احكاماً أخرى تتمثل فيها صورة الشخص الاعتباري سوياً بكل مقوماته وخصائصه في النظر القانوني الحديث .

أ) ـ ففي الحديث النبوي :

« المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم » .

فالفقرة الثانية منه قد اعتبر بها النبي ﷺ مايعطيه أحد المسلمين المحارب طالب الأمان من ذمة وتأمين سارياً على جماعتهم وملزماً لهم كما لو صدر منهم جميعاً .

فقال الفقهاء: لايجوز بعد ذلك قتل من أومن ولا قتاله بحجة أن معطي الأمان ليس صاحب سلطان ، وان للامام ، اذا رأى أن إعطاء الأمان ليس في مصلحة المسلمين السياسية ، أن ينقضه بعد انذار ، ويؤدب معطيه .

ففي هذا الحكم اعتبار مجموع الأمة كشخصية واحدة يمثلها في بعض النواحي كل فرد منها .

ب) ومثل ذلك ما أقره الإسلام في نصوص مصادره الاصلية من حق كل فرد من الناس أن يخاصم ويدعي في الحقوق العامة من عقوبات الحدود وسائر أمور الحسبة ، كازالة الاذى عن الطريق ، وقمع الغش، والتفريق بين الزوجين المستمرين على الحياة الزوجية بعد البينونة بالطلاق ، وغير ذلك ، وان لم يكن للمدعي في شيء من ذلك علاقة بالموضوع أو ضرر منه يدفعه عن نفسه مما يشترط في صحة الخصومات والدعاوى في الحقوق الفردية .

فهذا وكل ما تتجلى به فكرة الحق العام في الاحكام الاسلامية يدل على

تصور شخصية حكمية لتلك المصلحة العامة التي يمارس حق الادعاء باسمها .

وكل هذا انما يدل على مبدأ التمييز في الاسلام بين الافراد وحقـــوقهم الخاصة وبين جماعتهم وحقوق أخرى لها مستقلة عن حقوقهم ، وان لم يكن في ذلك سوية للشخصية الحكمية بالاعتبار الحقوقي الحديث الذي يتصور فيهـــا شخصية ذات ذمة وأهلية لثبوت الحقوق المالية لهـــا وعليها مستقلة عن حقوق الافراد .

على أن هذا المعنى الحقوقي في الحديث للشخصية الحكمية انما يتجلى على أتم صورة وأكملها بنظرية التشريـــع الاسلامي في **بيت المال** ، **وفي نظام الوقف وفي الدولة** التي يمثل فيها رئيسها صاحب السلطان جماعة الامة .

١٨٤ - (أ) شخصية بيت المال :

ففي بيت المال الذي هو خزينة الدولة العامة جاء الشرع الاسلامي بنظرية **فصل بيت المال عن مال السلطان** وملكه الخاص فاعتبر الشرع بيت المـــال جهة ذات قوام حقوقي مستقل يمثل مصالح الامة في الاموال العامة : فهو يملك ويملك منه ، وعليه ، ويستحق التركات الخالية عن أرث أو وصية ، ويكون طرفاً في الخصومات والدعاوى .

ويمثله في كل ذلك أمين بيت المال بالنيابة عن السلطان من خليفة أو سواه .

وليس للسلطان حق شخصي فيه الا كفايته لقاء عمله ، وليس له أن يأمر لاحد منه بشيء الا بحق ومسوغ شرعي .

وقد شبه وضع الخليفة منه ، في كلام عمر رضي الله عنه ، بوضع الوصي من مال اليتيم بقوله : « **أنزلت نفسي من بيت مال المسلمين بمنزلة وصي اليتيم الخ** » ...

وقبل الاسلام كان في معظم الامم بيت المال وجيب الملك شيئاً واحداً .

شخصية فروع بيت المال :

حتى ان بيت المال في الاسلام قد قسم الى أقسام وفروع ، كل منها يعود الى جهة من الحقوق والنفقات .

ويكاد يعتبر كل قسم من أقسامه ذا شخصية حكمية منفصلة عن شخصية القسم الآخر ضمن الشخصية الكبرى لبيت المال العام ، لان لكل قسم استحقاقات وأحكاماً تخصه . فلا ينفق من قسم فيما يعود الى آخر على سبيل **الخلط** بل على سبيل **القرض** بين تلك الفروع ، كما عليه الفكرة المالية القانونية الحديثه في تنظيم خزينة الدولة العامة وفروعها (ر : مصارف بيت المال من كتاب الجهاد في الدر المختار ورد المحتار ٣ / ٢٨٠ - ٢٨٢/ وفي غيرهما من الكتب الفقهية) .

١٨٥ (ب) شخصية الوقف :

وكذلك نظام الوقف في الإسلام ، فان نظامه منذ أول نشأته في عهد الرسول ﷺ يقوم على أساس اعتبار شخصية حكمية للوقف بالمعنى الحقوقي الحديث :

- فللوقف ملك محجور عن التمليك والتملك والارث والهبة ونحوها ، وهو مرصد لما وقف عليه .

- والوقف يستحق ويستحق عليه وتجري العقود الحقوقية بينه وبين أفراد الناس ، من ايجار وبيع غلة واستبدال وغير ذلك .

ويمثله في كل هذا من يلي أموره ، ويسمى : قيماً أو ناظراً أو متولياً . ويكون مسؤولا عن صيانة حقوق الوقف تجاه السلطة القضائية .

— ويشتري المتولي للوقف ما يحتاج اليه ، فيملك الوقف ويدفع ثمنه من غلته .

— وكذلك يستدين المتولي لجهة الوقف عند الحاجة باذن القاضي .

فالوقف في كل ذلك يكون هو المالك والدائن والمدين ، لا المتولي عليه ولا المستحقين فيه . وهذا مقرر معلوم في احكام الوقف الفقهيه .

حتى ان الفقهاء قد ذهبوا الى مدى واسع في تجريد شخصية الوقف عن شخصية الواقف نفسه ، ولو كان هو القيم على وقفه ، فقرروا أنه اذا خان الواقف المتولي مصلحة الوقف أو أساء التصرف في أمواله ، أو خالف شروط الوقفية التي اشترطها ، ينزع الوقف من يده ، ويضمن لجانب الوقف مايوجب الشرع ضمانه على كل أمين من موجبات الخيانة او التقصير أو التفريط [1] (ر . بحث عزل الناظر من كتاب الوقف في فتح القدير ، وفي الدر المختار ٣/٣٨٤ — ٣٨٦) .

---

(١) — من المسائل المهمة التي تدل على اعتبار الشخصية المعنوية في نظر الفقهاء وان لم يسموها بهذا الاسم ماذكر في آخر كتاب القاضي الى القاضي من انـه :

« لو كانت تولية الوقف أو غلته مشروطة للقاضي أو العلماء يجوز للقاضي ان يقضي بالوقف ان اختلف في صحته ، ولا يعد هذا قضاء لنفسه وان كان يستحق فيه التولية او الغلة بصفة كونه قاضياً او من العلماء . بخلاف مالو كانت غلة الوقف مشروطة لشخصه بدون وصف القضاء فانه لا يجوز ان يقضي بالوقف » .

هذا ما نقله في الدر وحاشيته عن نظم الوهبانية وشرحها لابن الشحنة . وذلك لأنه في حالة الشرط لشخصه اذا قضى يكون قضاء لنفسه شخصياً =

١٨٦ - (ج) شخصية الدولة :

ثم ان الفقهاء قد قرروا من الاحكام لتصرف السلطان والحكم ما لايمكن تفسيره الا باعتبار أن الدولة شخصية حكمية عامة يمثلها في التصرفات والحقوق والمصالح رئيسها ونوابه من سائر العمال والموظفين في فروع الاعمال ، كل بحسب اختصاصه ، في كل من النواحي الخارجية والداخلية والمالية

فمن تلك الاحكام ما يلي :

١) - **في الناحية الخارجية :**

ففي السياسة الخارجية قد اعتبروا ان ما يبرمه الامام او الامير او القائد من الصلح والمعاهدات **هو محتوم وملزم للامة لايجوز للامام أو الرعية مخالفته** ، ما لم ينته اجله ، او ينقض نقضاً مشروعاً بعد انذار وامهال ، او يخل الطرف الثاني بعهده فيه كما تقضي به نصوص الشريعة (ر : الدر المختار ، بحث الصلح ، اوائل كتاب الجهاد) .

وصرح الفقهاء ايضاً أن ما يفتح من البلدان صلحاً يجري الامام فيه على

= أما في حالة ارتباط الشرط بوصف القضاء يكون قضاؤه لا لنفسه بل للشخصية المعنوية التي يمثلها القاضي .

- ومنها ايضاً تصريح الحنفية بعدم انفساخ الاجارة في الوقف بموت الناظر المؤجر مع ان الاجارة عند الحنفية تنفسخ بموت احد العاقدين .

وقد علل في الاسعاف عدم انفساخها بموت ناظر الوقف بقوله : « **لانه عقدها لاهل الوقف** » كما في التنقيح ص /١٦٥/ من الجزء الاول .

فدل ذلك على اعتبارهم ان المتولي في الوقف يمثل شخصية حكمية هي الجهة الموقوف عليها .

موجب الصلـــح ، ولا يجوز لمن بعده من الائمة والامراء ان يغيروه (أول باب المغنم من الدر المختار) .

ومعنى هذا اعتبار الدولة ، من الوجهة السياسية الخارجية ، شخصاً حكمياً يمثله الامام ويتعاقد باسمه ، وفقاً لنظريات الحقوق الدولية الحديثة .

٢) — في الناحية الداخلية :

وفي ناحية الادارة الداخلية قد صرح الفقهاء ان العمال ، اي الموظفـين لا لا ينعزلون بموت السلطان الذي عينهم .

وصرحوا ايضاً ان القاضي المأذون بالاستنابة ، اذا استناب غيره في القضاء ، يكون نائبه نائباً عن السلطان رأساً ، لا عن القاضي المستنيب ، وذلك كوكيل الوكيل اذ يعتبر وكيلاً عن الموكل الأول . لكن الوكيل ووكيله ينعزلان بموت الموكل ؛ أما نائب القاضي ، فكما لا ينعزل بعزل القاضي ولا بموتـه ، لا ينعزل أيضاً هو ولا القاضي بموت السلطان أو خلعه ، وانما ينعزلان كلاهما اذا عزلهما السلطان قصداً .

وقد عللوا ذلك بأن : « الوكيل يعمل لمصلحة الموكل الخاصة وبولاية منه ، وقد بطلت أهلية الولاية بموته فينعزل وكيله . اما القاضي فلا يعمل بولاية شخصية من الخليفة او السلطان ولا في حقه الخاص ، بل بولاية الأمة وفي حقوقها ، وانما الخليفة بمنزلة رسول معبر عن الامة — اي ممثل لها باصطلاح لغة العصر — فيكون فعله بمنزلة فعل جماعة الامة ؛ وان ولايتهم في مصالحهم بعـد موت الخليفة او خلعه باقية ، فيبقى القاضي ونائبه على ولايتهما .

وهذا بخلاف العزل القصدي من الخليفة ، فانه اذا عزل القاضي أو نائبه أو الوالي ينعزلون ، لأن سلطة العزل ممنوحة للخليفة أو السلطان من قبل جماعة

الامة ؛ لأنهم بتوليته أمرهم ، يعتبرون قدولوه حق استبدال العمال بدلالة الحال لتعلق مصلحتهم بذلك . فاذا عزل أحداً فكأنما عزلته جماعة الامة . فهو الفرق بين العزل والموت .

(البدائع ، فصل ما يخرج به القاضي عن القضاء . ورد المحتار ، فصل الحبس من كتاب القضاء . وشرح الكنز للزيلعي ، كتاب الوكالة . وان عبارة التعليل المنقولة هي للبدائع بتصرف بسيط) .

وهذا من أظهر النصوص الفقهية في اعتبار الامة بمجموعها ـ أي الدولة ـ شخصاً حكمياً في ادارتها الداخلية تجاه أفرادها ، يمثلها في هذه الادارة العامة السلطان ونوابه في فروع الاعمال ، وتعتبر تصرفاتهم في هذه الاعمال ضمن حدود المصلحة مضافة الى الامة كأنها صادرة عنها .

٣) ـ في الناحية المالية :

وفي ناحية المسؤولية المدنية ، وهي التي يبرز فيها وجه الذمة المالية في شخصية الدولة قد نص الفقهاء أيضاً ان القاضي اذا أخطأ بقضائه دون عمد في **الحقوق العامة الخالصة** ـ حقوق الله ـ مما لا يمكن فيه التلافي ، كقطع يد السارق اذا ظهر بعده أن الشهود عبيد مثلاً ، لا يضمن القاضي الدية بل ضمانها في بيت المال ، لان القاضي انما عمل في ذلك لمصلحة الامة عامة ، لعود منفعة الحد اليهم وهي الزجر ، فكان خطؤه عليهم ، فيؤدى الضمان من بيت مالهم (البدائع فصل خطأ القاضي ج ٧ ص ١٦/ ، ورد المحتار ، أواخر فصل الحبس من كتاب القضاء) .

١٨٧ ـ ومقتضى هذه النصوص المتقدمة وأمثالها أن الفقهاء قد اعتبروا لمجموع الامة او الدولة شخصية حكمية ذات أهلية وذمة مستقلة عن

شخصيات أفرادها الذين تتألف منهم . ولها مالية خاصة مستقلة عن أموالهم ، وان كانت تجبى منهم ، وهي بيت المال .

واعتبروا عمال الأعمال العامة التي لها نيابة عن الخليفة أو السلطان ممثل الامة - وباصطلاح اليوم : عناصر وفروع السلطة التنفيذية من وزارات وادارات وقضاء - فروعاً متفرعة عن شخصية الدولة الكبرى ، ويمثلونها كل منهم في دائرة اختصاصه .

فما كان منهم من خطأ معذور فالتزام ضمانه فيذمة شخص الدولة ،ويوفى من خزينتها المالية العامة .

وهذا يتفق تماماً مع النظريات الحقوقية الحديثة في مسؤولية الدولة

فنستطيع القول إذن بان الفقه الاسلامي ،في نطاق الشخصية الحكمية، قد بنى أحكامه على اقرار فكرة هذه الشخصية واعتبار خصائصها . وان عدم التسمية لا يدل على عدم المسمى ، وإنما العبرة للمفاهيم والاحكام .

١٨٨ - غفلة بعض الفقهاء في هذا الشأن

على أن بعض الفقهاء لم يحسنوا تصور فكرة الشخصية الحكمية واستنباط مفهومها من نصوص الاحكام الفقهية التي تدل عليها ، فوردت لهم بعض مباحث وآراء تتنافى مع فكرة الشخصية الحكمية وأحكامها الاساسية :

١) - فمن ذلك اختلاف متأخري الفقهاء في ان الاوامر السلطانية المتعلقة بالقضاء مما يعود الى صلاحية السلطان في المصالح المرسلة (كالامر بعدم سماع الدعوى بحق بعد مرور خمسة عشر عاماً عليه - وهي قضية التقادم ، أو مرور الزمن) هل تبطل بموت السلطان الآمر فلا يلزم بها القضاة إلا اذا تجدد الامر بها من السلطان الجديد ، او يستمر حكمها ؟

فقد جنح خير الدين الرملي إلى بطلان الامر والنهي ولزوم تجديده بموت السلطان ، وبتبدل القاضي . وقد تابعه في ذلك العلامة ابن عابدين في رد المحتار (ر : أواخر فصل الحبس في كتاب القضاء من رد المحتار ، وتقريرات الرافعي عليه) .

فلا جرم أن النظر الفقهي السديد لا يفسح مجالاً للاشتباه والاختلاف في استمرار حكم الامر والنهي بعد موت السلطان ، وعدم الحاجة الى تجديده حتى للقضاة الذين يعينون مجدداً بعد صدور الأمر الى أسلافهم . ذلك لأن السلطان لم يصدر أمراً مقيداً بشخص هذا القاضي ، وانما أصدره في الحقيقة الى المحكمة التي يمثل القاضي شخصيتها . وهو أيضاً لم يصدره باسمه الشخصي بل باسم شخصية الدولة التي يمثلها .

فلا يبطل أمره بموته كما لا يبطل بموته تعيينه للقاضي نفسه باتفاق الفقهاء، بل هذا أولى ، لأن أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد التقادم أمر قانوني خوله اياه الشرع ، فيلحق بالتشريع ، فله صفة الدوام في نظر الفقه ، بينما تعيين القاضي انما هو تنفيذ يمارسه الامام بصفة أنه منفذ للاحكام الشرعية الواجبة التطبيق .

ولذا استقر العمل الفقهي على ذلك ، وهو ظاهر أحكام المجلة . وان النصوص الفقهية تدل على هذا الاعتبار كما سلف بيانه بنقلها .

٢) – ومن ذلك أيضاً ما ورد في كلام بعض الفقهاء « ان الوقف لاذمة له » وإنما تثبت ديونه في ذمة متوليه أولاً ؛ فتؤخذ من ماله أو من تركته اذا توفي ، ثم يرجع هو أو ورثته بها من مال الوقف (ر : الفتاوى الخيرية ،وتنقيح الحامدية ، أواخر الوقف ج ١ ص / ٢٠٦) .

فكأنما تصور القائلون بذلك أن الذمة لا تكون الا لشخص طبيعي من أفراد الناس ، وهم في الوقت نفسه يرون ان الوقف تثبت الحقوق شرعاً له وعليه ، فالتجؤوا الى هذا التخريج ، واتخذوا من ذمة المتولي الشخصية جسراً. ولكنهم وقعوا فيما تهربوا منه : فقد أثبتوا في النهاية للمتولي ولورثته من بعده حق الرجوع في مال الوقف !!

وليس معنى هذا إلا أن الوقف يستحق عليه ، فيكون مديناً للمتولي ، فيجب أن تكون له ذمة . فلماذا لا يكون مديناً لصاحب الحق الاصلي مباشرة!

على أن للفقهاء نصوصاً أخرى خلاف ذلك كلها تفيد بظواهرها ثبوت الدين على الوقف رأساً بلا واسطة ذمة المتولي (ر : التنقيح أيضاً من المحل المذكور ، نقلاً عن الفتاوى الكبرى للصدر الشهيد) .

وهذا هو الرأي السديد الذي يتفق مع فكرة الشخصية الاعتبارية .

أما الرأي الاول فهو لف ودوران لا حاجة اليه ، بل عائد على موضوعه بالنقض كما رأيت . وهو مبني على غفلة من أصحابه عما أقره الفقهاء من ذمة وخصائص الشخصية الحكمية في مواطن اخرى .

فالذمة لا تختص بالشخص الطبيعي ، وان الاحكام الفقهية تؤيد ذلك ، ونصوص الفقهاء في بيت المال وذمته ، بل وذمم فروعه أيضاً ، لا تدع شبهة في هذا الشأن .

٣) — اختلف رجال المذهب الحنفي في صحة الوصية للمسجد ونحوه من المنشآت : فقيل تصح مطلقاً وقيل اذا أوصى بالمال لينفق على مصالح المسجد صح ، اما اذا أوصى للمسجد نفسه فلا يصح ، لان المسجد لا يملك . لكن الراجح هو الرأي الاول في صحتها مطلقاً ، وتصرف الى مصالحه وهو قول الامام محمد .

قال ابن عابدين في رد المحتار :

« وينبغي ان يفتى بصحة الوصية للازهر ، وتصرف لطلبته كما يقضي به العرف » اه

ولو انه لوحظ أمر الشخصية الحكمية التي أقرها الاجتهاد الحنفي نفسه في مواطن عدة لما كان هنالك مجال لهذا الاختلاف في صحة الوصية للمسجد وغيره من المنشآت ذات الشخصية .

فمثل تلك المباحث التي تتنافى مع فكرة الشخصية الحكمية من بعض الفقهاء لا تدل على ما ينافي تلك الفكرة من اصل الفقه ، وانما تدل على عدم انتباه الباحثين اليها والى مقتضى تلك النصوص الاصلية المعتبرة في الفقه الاسلامي .

والمهم هو ان نميز بين فهم بعض الفقهاء في آرائهم وتخريجهم للأحكام الفرعية ، وبين قواعد الشريعة ونصوصها وأحكامها الاساسية ، كحكمها العام في نظرية بيت المال والوقف .

فما يفهمه بعضهم في تخريجاته هو رأي فقهي قابل للمناقشة قد يخطىء فيه صاحبه وقد يصيب .

والحاكم في الموضوع إنما هو النصوص والاحكام الاساسية للشريعة ومفاهيمها في مجموع مذاهبها الفقهية . وقد رأيت انها يتجلى فيها اعتبار الشخصية الحكمية وخصائصها بأكمل صورة من الاهلية والذمة[1] .

---

(١) — اطلعت في العام الماضي وأنا بمصر على بحث للأستاذ الجليل الفقيه الشيخ علي الخفيف عن الشخصية المعنوية في كتابه « الحق والذمة » الذي بدأ باخراج جانب منه منذ ثلاثة أعوام في الوقت الذي أخرجت فيه هذا البحث عن الشخصية الحكمية في الطبعة الأولى من كتابي هذا . فاذا به يستقر على مثل=

= ما استقر عليه بحثي هنا من ان فكرة الشخصية الحكمية قد أتانا بها الفقه الاسلامي قديماً ، وبنى عليها أحكاماً هامة قبل ان تسمى بهذا الاسم القانوني الحديث .

وقد رأيت من المفيد أن ألخص هنا في هذه الطبعة ، تأييداً للبحث ، ما بينه الاستاذ المشار اليه في هذا الشأن

فقد نقل أولاً نظير ما نقلناه آنفاً من قول بعض الفقهاء الحنفية « ان الوقف لا ذمة له » ، وذكر اختلافهم في صحة الوصية للمسجد ونحوه ، ثم قال الأستاذ الخفيف حفظه الله ما خلاصته :

« وبناء على ما تقدم قال بعض المشتغلين بالفقه في هذه الايام : ان الحنفية لا يقولون بالشخصية المعنوية كشخصية الحكومات ، والمنشآت ، والمصالح ، والشركات !!

ولكننا نرى في مؤلفاتهم الفقهية والاصولية انهم كثيراً ما يقررون لمثل هذه الجهات أحكاماً تقتضي ان لها حقوقاً تجاه غيرها يطلبها من يقوم عليها من ولي أو ناظر ، وان عليها واجبات مالية يطلبها أربابها ممن له الولاية على هذه الجهات التي شأنها في ذلك شأن الصبي غير المميز ومن في حكمه .

- من ذلك أنهم جعلوا لناظر الوقف ان يبيع محصول اراضي الوقف ، وأن يشتري لها ما تحتاج اليه من آلات ودواب . ويكون ما يشتريه ملكا للوقف لا للمستحقين ولا سائبة بلا مالك ، لان ذلك يتنافى مع عقد الشراء .

فأصبحت جهة الوقف بذلك بائعة ومشترية ، وكان لها من الحقوق ما يكون لكل بائع او مشتر ، وعليها من الواجبات =

= الالتزامية ما يكلف به كل بائع او مشتر .

ـ وإذا آجر الناظر أعيان الوقف فتأخر المستأجر في أداء الاجرة يكون مديناً بها لجهة الوقف ، لا للناظر عليه ، ولا للمستحقين فيه .

ـ وإذا اشترى الناظر على الوقف شيئاً له بالنسيئة كان المدين جهة الوقف فيدفع الناظر الثمن من غلته ، وإذا عزل صح ان يطلب الثمن ممن حل محله .

وإذا جاز للبائع ان يطالب به الناظر المعزول بعد عزله فذلك لانه كالوكيل عن الوقف فترجع حقوق عقده اليه بحسب القاعدة العامة في الوكالة : **ان حقوق العقد ترجع الى العاقد** . فيدفع الناظر المعزول الثمن ، لكنه يكون ديناً له على جهة الوقف يرجع به .

ـ ومثل هذه الاحكام تجده كثيراً لبيت المال والناظر عليه في الفقه الحنفي : فيستحق بيت المال ويملك جميع التركات التي لا مستحق لها ، وله أموال وأملاك اذا استغني عن شيء منها يباع باسمه ويكون ثمنه له ، كما أنه تستحق فيه النفقة للفقراء العاجزين الذين لا عائل لهم شرعاً ، وأجور العمال ورواتب الموظفين من ولاة وقضاة ومفتين ومعلمين

وقد أجازوا للامام ان يستقرض لبيت المال عند الحاجة ، فيعتبر بيت المال هو المدين بالقرض (راجع الفتاوى الهندية ج ١ ص / ١٩١) . =

= وهكذا تجد في أحكامه ان له حقوقاً وعليه تكاليف ، وليس الشخصية والذمة معني إلا هذا .

أليس هذا كافياً لان نطمئن الى أن الحنفية يقولون بالشخصية المعنوية وان لم ينطقوا بهذه الألفاظ لانها نتيجة اصطلاح حديث ؟

هذا هو مايجب ان يفهم . والا فكيف يدار شرعاً مستشفى قد وقفه منشئه ، ووقف عليه أموالا ؟

أليس يحتاج الى اطباء وممرضين وخدم ، وكل هؤلاء يستحقون أجورهم من مال المستشفي ؟

ثم أليس يحتاج دائماً الى شــــراء أثاث وادوات وأدوية ، فيكون لبائعها شرعاً مطالبة المستشفي بثمنها ؟

واذا عولج فيه مرضى بالأجرة ألا تستحق جهة المستشفى في ذممهم هذه الاجرة ، فيطالبهم بها مديره فتكون ملكاً للمستشفى لا للمدير ؟

أليس كل ذلك يقضي بثبوت الشخصية والذمة لجهات لاحياة لها؟

لقد أصبحت المسألة واضحة لاتحتاج بعد ذلك الى بيان .

وكل هذه الأحكام شرعية لايختص بها مذهب دون آخر . ولذلك نستطيع أن نقول : ان فقهاء الشريعة كافة يقولون بالشخصية الحكمية ، لافرق بين الحنفية وغيرهم .

على أن مذهب الشافعية والمالكية في ذلك أوضح وأصرح نصوصاً :

ـ فقد صرحوا : « **أن الوصية للمسجد صحيحة وان أريد بها تمليكه ، لان المسجد في منزلة شخص حر يملك** » (نهاية المحتاج للرملي الشافعي طبعة الحلبي ج٣ ص/١١٦ و ج ٦ ص / ٤٦) =

المبحث الثاني

الشخصية الحكمية في النظر القانوني

١٨٩ – تعريف الشخص الحكمي

الاشخاص الحكمية في نظر الحقوق الحديثة والقانون توافق في التصور الاشخاص الطبيعيين ، وتعد جزءاً من مفهوم الاشخاص العام لا ينفصل عنه .

وقد عرف الحقوقيون الشخص الحكمي بانه :

= وصرح المالكية في الوقف بان الموقوف عليه « يجب ان يكون اهلا للتملك حقيقة كالشخص المعين والفقراء ، **أو أهلا للتملك حكما كالقنطرة أو المسجد** » (شرح الزرقاني على متن خليل في الوقف).

فقد اعتبروا كما ترى **القناطر والجسور أهلا للتملك حكما** وليس معنى ذلك **إلا** ثبوت الشخصية الحكمية بما لها من اهلية وذمة .

اما ماجاء في بعض كتب المالكية من نفي أهلية الملك عن المسجد فانما مرادهم به نفي الاهلية الحقيقية لا الحكمية ، جمعاً وتوفيقاً بين النصوص .

فيتضح مما ذكر ان جميع المذاهب في الفقه الاسلامي تقر الشخصية الحكمية، وتقدر لها الذمة كتقديرها في الانسان ، اذ لا شخص بلا ذمة . وفقهاء الشريعة في هذا يتفقون مع فقهاء القانون» اه (كتاب الحق والذمة (الطبعة الاولى)ص / ٩٦- ١٠٢ / ملخصاً) .

« شخص اعتباري يتكون من اجتماع جماعة من الاشخاص الطبيعيين ، ابتغاء غرض مشترك ، ينشئون باجتماعهم شخصية ذات حقوق وواجبات متميزة مستقلة عما لافرادهم » (دائرة المعارف الفرنسية الكبرى تحت كلمة : Personne) .

وهذا التعريف في الحقيقة غير جامع ، فقد تقدم وسيأتي أيضاً أن الشخصية الحكمية لاتخص بما ينشأ من اجتماع افراد طبيعيين كالشركة والجمعية ، بل قد تنشأ عن مشروع أو مؤسسة لخدمة ذات منفعة عامة كالوقف ، والمدارس والمستشفيات ونحوها من المؤسسات .

فالاولى أن يقال في تعريف الشخص الحكمي :

« شخص يتكون من اجتماع عناصر أَشخاص أَو أموال يقدر له التشريع كياناً قانونياً منتزعاً منها مستقلا عنها » .

وبهذا التعريف يتضح أن الشخص الحكمي يفترق عن الشخص الطبيعي من ناحيتين :

١) ـ ان الشخص الحكمي وجوده قانوني ، أي تقديري اعتباري لا حسي . أما الشخص الطبيعي فذو وجود مادي محسوس .

٢) ـ ان الشخص الحكمي وجوده تبعي ، أي انما يكون تابعاً دائماً لوجود مجموعة من اشخاص طبيعيين او أموال . أما الشخص الطبيعي فوجوده مستقل بنفسه في الواقع والاعتبار .

تعاريف أخرى يمكن ان نضعها للشخص الاعتباري :

١) ـ الشخص الاعتباري هو شخص ذو وجود قانوني يتكون من اجتماع اشخاص طبيعيين ، أو من قيام مؤسسة مالية لغاية مشروعة معينة .

٢) الشخص الاعتباري هو شخص يتكون من عناصر أشخاص أو أموال يقدر له التشريع كياناً (قانونياً) مستمداً منهـــا مستقلاً عنها (قابلا للالزام والالتزام)

ويمكن الاستغناء عن ذكر الاهلية للالزام والالتزام لان معنى الشخصية يستلزمها .

ولعل هذا التعريف الاخير أوضح وأرجح من غيره .

١٩٠ - انواع الاشخاص الحكمية :

لكي يمكن فهم فكرة الشخصية الحكمية بوضوح في النظر القانوني يحسن تقسيم الاشخاص الحكميين وتصنيفهم الى طائفتين اساسيتين هما : الاشخاص الحكمية العامة ، والاشخاص الحكمية الخاصة .

١٩١ - (اولا) - الاشخاص الحكمية العامة :

ان الاشخاص الحكمية العامة هي التي يتعلق بوجودها مصالح مشتركة بين جميــع الناس

وهذه الاشخاص العامة تنطوي على زمرتين هامتين :

الاولى) - مصادر السلطة العامة وفروعها .

والثانية) - المنشآت العامة .

وسنتولى ايضاحهما فيمايلي :

١) - مصادر السلطة العامة .

ان مصادر السلطة العامة هي الدول وتقسيماتها الادارية .

فالدولة تأتي في رأس قائمة الاشخاص الحكمية العامة ، ثم تليها اجزاؤها القانونيــة .

وايضاح ذلك : ان الدولة تشتمل على سلطة حاكمة ، ومكان محدود فتقسيم السلطة لاجل توزيع العمل تتولد منه الوزارات والادارات المختلفة، كوزارة المالية ، والعدلية ، والداخلية ، والخارجية الخ . وشعبها الادارية .

– والتقسيم المكاني تتولد منه الولايات أو المحافظات ، ثم الاقضية ، ثم النواحي

ولكل دولة أسلوب وترتيب واصطلاحات أسماء في تقسيماتها المكانية ويقوم على رأس كل قسم ممثل للحكومة في ادارته

ففروع الدولة هذه في تقسيم السلطان او المكان هي اشخاص حكمية ، ولها أموال مخصصة للخدمة العامة ولمنافع الجماعة دون تمييز بينهم ، ولها ميزانية مالية خاصة تعد كفروع لبيت المال العام (خزينة الدولة) مستقل بعضها عن بعض . وتعقد كل منها العقود وتلتزم الالتزامات ، فتستحق ويستحق عليها كل ذلك تمارسه بواسطة من يمثل الحكومة فيها من وزير فمن دونه . وان ذمة كل منها كفروع من ذمة الدولة العامة .

ويجب أن يلحظ أنه في كلا التقسيمين المكاني والسلطاني لايعتبر الجزء شخصاً حكمياً مستقلاً غير مندمج في غيره الا إذا منحته قوانين الدولة هذه الشخصية . فقد تعتبر المدينة او بعض فروع الوزارات شخصاً حكمياً ، وربما لاتعتبر ، وذلك بحسب التشريع الاداري في الدولة .

ب) – المنشآت العامة :

ان المنشآت العامة هي المؤسسات المخصصة لمصالح ومرافق عامة ، كالجامعات العلمية ، والمستشفيات ودور الايتام، وكالمخابر الفنية، ودور الاذاعة اللاسلكية اليوم ونحوها ؛ اذا كانت هذه المنشآت حكومية .

فلهذه المنشآت شخصية قانونية وذمة مالية بالمعنى المتقدم .

وقد تكون تابعة للدولة كلها او لبعض أقسامها المكانية من اقليم او محافظة او ناحية او مدينة .

ويترتب على هذه التبعية انه عند الغاء هذه المنشآت وزوال شخصيتها تقع ادارة المرافق الداخلة في اختصاصها على عاتق الدولة او على عاتق القسم التابعة له.

والفرق الاساسي بين المنشآت العامة وبين فروع السلطة الادارية في الدولة كالدوائر الفرعية في الوزارات، ومصلحة الري ، والمكوس (الجمارك) ونحوها، هو أن المنشآت العامة لاتهدف الى سد حاجات ادارية اقليمية في اقسام الدولة، وانما هدفها خدمة **مصلحة معينة** من المصالح العامة ، علمية او خيرية او غير ذلك .

١٩٢ - (ثانياً) - الأشخاص الحكمية الخاصة :

ان الاشخاص الحكمية الخاصة تتميز عن العامة بانها ليست متفرعة عن الدولة ومشاريعها ؛ وانما هي ناشئة عن رغبة او رغبات فردية محضة . فهي غريبة عن الجهاز الاداري في الدولة ، ولكن هذا لايمنع أن يكون منها مايرمي الى تحقيق منفعة عامة كما سنرى [1] .

وهذه الاشخاص الحكمية الخاصة اقسام يتميز بعضها عن بعض من ناحيتين :

---

(١) - وهذا الفرق في المنشأ بين الاشخاص الحكمية العامة والخاصة من حيث إن الاولى متفرعة عن الجهاز الاداري للدولة ، والثانية عن رغائب الناس ونشاطهم تنشأ عنه نتيجـة هامة : هي ان الاشخاص الحكمية العامة تستعمل سلطات الدولة التي تتوقف عليها غاياتها العامة كالاستملاك للنفع العام ، بخلاف الاشخاص الحكمية الخاصة الآتية الذكر .

(١) من ناحية تكونها (٢) ومن ناحية الغرض الذي ترمي اليه .

- فهي من ناحية تكوينها تنقسم الى قسمين: **المؤسسات، والجماعات** .

- ثم الجماعات من جهة أغراضها تنقسم ايضاً الى قسمين : **الشركات ، والجمعيات** .

(أ) - المؤسسات ، والجماعات :

١) - يراد من المؤسسات المشاريع الخيرية او الثقافية او الاجتماعية المزودة بتنظيم مادي وبمورد مالي يكفل حياتها ، كالمستشفى الذي ينشئه أحد المحسنين، ويرصد له مورداً مالياً بحيث يكفي نفسه بنفسه . ومثل ذلك ايضاً المدارس والملاجىء والمياتم التي ينشئها الافراد ويرصدون لها الاموال

فكل مشروع من أمثال هذه المشروعات هو مؤسسة تعتبر لها شخصية حكمية تسهيلًا لمهمته . وان شخصيته مستقلة عن أشخاص العاملين فيه والمنتفعين منه .

ويمثل شخصية هذه المشاريع في العقود والالتزامات من يقوم على ادارتها من مدير ونحوه .

والأوقاف في التشريع الاسلامي تعتبر من قبيل هذه المؤسسات ذات الشخصية الحكمية ، فان هذه المؤسسات انما يتوصل الى إنشاء أشخاصها عن طريق الوقف او الوصية .

٢) - أما الجماعات فنقصد بها الاشخاص الحكمية الخاصة التي قوامها مجموعة من الافراد يتعاونون بتوحيد جهودهم على تحقيق غرض او أغراض معينة، فينشؤون باجتماعهم شخصية اعتبارية تتمتع بالأهلية للحقوق والواجبات ، مستقلة عن شخصياتهم .

(ب) - **الشركات والجمعيات** :

إن تلك الجماعات الآنفة الذكر تنقسم الى قسمين مختلفين بينهما بون شاسع من جهة غرض كل منها ، وهما : **الشركات ، والجمعيات** .

١) - فاذا كانت الجماعة انما تكتلت على نفسها وحدت جهودها على عمل مشترك بغية **اكتساب المال** واقتسام الارباح ، فتلك هي **الشركة** .

٢) - واذا كانت الجماعة انما اتفقت على التعاون في بذل جهودها واستخدام معــــارف أفرادها ونشاطهم **بصفة دائمة** لتحقيق غرض آخر **غير الربح المالي** للافراد ، من الاغراض العلمية او الخيرية او الادبية او الاجتماعية او السياسية او نحو ذلك ، فتلك هي : **الجمعية** .

ويدخـــل في الجمعيات الاحزاب السياسية اذا ألفت بترخيص رسمي من السلطات المختصة في الدولة ، فانها تعتبر أشخاصاً حكمية بالمعنى المشروح .

ملاحظة

هذا ، ويجب أن يلحظ أن الشركات لاتكون ذات شخصية حكمية الا اذا أسست وفقاً للشرائط والأحكام القانونية المنصوص عليها في قانون التجارة.

وكذلك الجمعيات ايضاً لاتكون شخصاً حكمياً **الا** اذا تألفت وفقـاً لأحكام قانون الجمعيات .

ومن هنا كانت الشركات نوعين :

١) - **الشركات العادية** : وهي المؤسسة وفقاً للاحكام الفقهية الاصلية . وهذه لاتعتبر من الاشخاص الحكمية الخاصة .

٢) - **والشركات القانونية** : وهي المؤسسة وفقاً للشرائط التي تعتبرها القوانين التجارية من الاشخاص الحكمية .

١٩٣ - (أ) فأما الشركات العادية ، وهي المؤسسة وفقاً للاحكام الفقهية الاصلية في الفقه الاسلامي ، فتنقسم بحسب موضوعها الى ثلاثة انواع : شركة اموال ، وشركة أعمال ، وشركة وجوه .

وكل من هذه الثلاث تنقسم بحسب صفتها وأحكامها الى قسمين : **شركة عنان وشركة مفاوضة** ، كما سيرى في محله من قسم العقود المسماة ان شاء الله[1]

وانما لم تعتبر هـذه الشركات العادية من الاشخاص الحكمية الخاصة ، لأن الفقهاء لم يثبتوا لها الاحكام التي تقتضي اعتبار هذه الشخصية لها ، وانما جعلوا

---

(١) - **شركة الاموال** هي التي لها رأس مال يشترك في وضعه كل شريك بنسبة معينة .

فاذا لم يكن لدى المشتركين رأس مال وانما لهم وجاهة وثقة ، فاشتركوا على أن يشتروا بالنسيئة ويبيعوا فيوفوا ويقتسموا الربح ، فهي **شركة الوجوه**.

وأما **شركة الاعمال** فهي التي تكون بين الصناع كالخياطين مثلا فيشتغلون معاً ويشتركون في اجور اعمالهم

وكل من هذه الانواع الثلاثة يكون **شركة عنان** اذا لم يكن بين الشركاء من رابطة سوى مايقتضيه عقد الشركة من صيرورة كل منهم وكيلًا عن الآخر في التصرفات العائدة للشركة .

فاذا كانت الشركة تتوافر فيها شرائط مخصوصة مبينة في بحث الشركات بحيث يصبح **كل شريك وكيلا وكفيلا عن الآخر** ، فيكون احدهما مسؤولاً عما يعقده الآخر ، **فهي شركة مفاوضة** .

وهناك نوع آخر من الشركة خارج عن هذا التقسيم يكون فيه رأس المال من احد الطرفين والعمل فقط من الآخر ، ويسمى هذا النوع : **«مضاربة»** أو **«قراضاً»** (بكسر القاف) .

فيها كل شريك مسؤولاً بشخصه تجاه من يتعاقد معهم بعقد يعود الى الشركة فليس فيها أي اعتبار لشخصية مجردة عن أشخاص الشركاء الطبيعية ، وليس لها مدير يمثلها ، وانما يشترك الشركاء في نتائج تصرفات كل منهم لمصلحة الشركة بسبب مايقتضيه عقد الشركة من وكالة مقدرة لكل شريك عن أشخاص الآخرين .

وسبب ذلك أنه في عصور الفقه الاولى وما تلاها لم تكن قد عرفت الصور الجديدة للشركات التجارية المنظمة بأنواعها، وأساليب عملها الاقتصادية، وطرائق تكوينها، وحدود مسؤولياتها، مما هو وليد العرف والتطور الاقتصادي الحديث في أوربة .

فقد دون فقهاء الشريعة الاولون ما كان معروفاً في زمنهم بين الناس من أساليب الاشتراك التجاري والصناعي والزراعي وهي تعد من الاساليب الابتدائية البسيطة بالنسبة الى الشركات القانونية الحديثة - ولم يكن في تلك الاساليب مايقتضي اعتبار شخصية حكمية مجردة لتلك الشركات .

وقد نظم الفقهاء أحكامها بما تقتضيه قواعد الشريعة في اوضاع تلك الشركات وأشكالها المعروفة .

١٩٤ - (ب) - وأما الشركات القانونية وهي المؤلفة وفقاً للطرائق والاساليب التي اوجدها التطور الاقتصادي الحديث فقد فصلت أحكامها القوانين التجارية وهي شخصية حكمية ذات ادارة موحدة يمثلها مدير أو مجلس .

ومسؤولياتها المالية إما مطلقة مضمونة بجميع اموال الشركاء التي لهم في الشركة وخارجها ، وإما محددة لاتسري على غير رأس المال المعلن للشركة .

والشركاء فيها إما أناس معينون بذواتهم ؛ وإما اصحاب سهام قابلة للنقل

والتداول تنتقل من شخص الى شخص ، فكأن الاشتراك للسهم بقطع النظر عن صاحبه [1] .

---

(١) ـ بالنظر الى مجموع هذه الاعتبارات تنقسم الشركات القانونيـة الى انواع ، اشهرها واكثرها شيوعاً في التعامل ثلاثة :

١) ـ شركة التضامن المعروفة باسمها الفرنجي : (كولكتيف Socété en nom collectif

٢) وشركة التفويض (كومـانديت S.en. commandite) .

٣) ـ والشركة المغفلة (انونيم S. anonyme) .

(فالاولى) . تقوم على اساس التضامن الحقوقي بين جميـع الشركاء وكل منهم مسؤول بجميـع ماله عن الحقوق التي تثبت للغير على الشركة .

(والثانية) : تقوم على أساس ان بعضهم مسؤول بجميـع امواله التي في الشركة وخـارجها ، كما في شركة التضامن ، وهؤلاء هم الشركاء المفوض اليهم ، وبعضهم الآخر غير مسؤول الا برأس ماله الذي في الشركة دون بقية امواله ، وهؤلاء هم الشركاء المفوضون (بصيغة الفاعل) .

(والثالثة) : هي التي تكون في المشاريـع الاقتصادية الكبرى ، وتحتاج الى رأس مال ضخم يقسم الى سهام كثيرة قابلة للتداول . وتسمى هـذه باسم مشروعها ، كشركة الغزل ، وشركة الخطوط الحديدية ، دون ان يذكر فيه اسم احد شركائها . وذلك سميت مُغْفَلَة ـ بصيغة المفعول من الاغفال ـ لإغفال اسماء الاشخاص في عنوانهـا ، والاقتصار على اسم المشروع التجاري والصناعي الذي تشتغل فيه وتستثمره .

وتعتبر الشركة بمجموعها بمثابة شخص طبيعي واحـــد في أهليتها وذمتها وعقودها وحقوقها والتزاماتها وأموالها وتحقق ضرائب الدولة عليها الخ ...

المبحث الثالث

عناصر الشخصية الحكمية وشريطتها، ومميزاتها

١٩٥ – العناصر

ان الشخصية الحكمية بجميع صورها المتقدمة لا تتحقق الا باجتماع عنصرين اساسيين في مفهومها :

الاول – مصلحة مشتركة مشخصة مشروعة .

والثاني – ذمة مالية متميزة .

(أ) وأما المصلحة المشتركة فانها الطابع الاساسي الذي يميز الشخص الحكمي عن الشخص الفردي الطبيعي

فان فكرة الشخصية الحكمية انما تولدت في النظر الحقوقي تولداً ضرورياً من وجود مصالح مشتركة في المجتمع متميزة عن المصالح الفردية بحيث لا يمكن ادماجها فيها ، ويلحظ عجز الشخصية الطبيعية بمفردها عن أن تضطلع بأعبائها وتضمن تحقيقها

فالواقع ينبيء بأن الشخصية الطبيعية لا تكفل الا المصالح الفردية في حين أن الاشخاص الحكمية التى تعترف بها الحقوق الحديثة والقوانين الوضعية انما تقوم على مصلحة مشتركة استلزمتها الضرورات الاجتماعية ، حتى في الاشخاص

الحكمية الخاصة كالشركات التي تستند الى مصلحة مشتركة من طبيعة خاصة ، إذ من المسلم به وجود مشروعات اقتصادية تستدعي تضافر الجماعات بجهودها وأموالها ، وتتجاوز قدرة الافراد على انفراد .

فجهود هذه الجماعات ضمن نطاق مصلحتها الخاصة هو مسخر بطريق غير مباشر لخدمة المصلحة العامة بسد بعض حاجات المجتمع وزيادة الثروة القومية .

(ب) ـ وأما الذمة المالية فانها من لوازم تصور الشخصية . فقد رأينا أن المبنى الحقوقي في تطور النظر الى الشخصية الحكمية ، انما يقوم على تجريد شخص اعتباري ينتزع من جماعة او من مشروع ، وتشبيهه بشخص طبيعي ذي أهلية وذمة .

فكما لا ينفك تصور الشخص الطبيعي ، من الوجهة الحقوقية ، عن ذمة له يحمل بها الحقوق (ر : ف /١٢٣ و١٢٨) لا ينفك ايضاً الشخص الحكمي عن هذه الذمة ، اذ لا يبقى عندئذ معنى الشخصية الحكمية الا مجرد التمثيل والنيابة في العمل . وهذا غير التشخيص بمعناه الكامل .

وعن هذا كانت فروع السلطة العامة التي تتمتع بتمثيل بعض صلاحيات تلك السلطة في العمل ولكنها ليست لها ذمة مالية مستقلة وأهلية تثبت بها الحقوق المالية لها وعليها ، كالمحاكم مثلاً ، لا تعتبر اشخاصاً حكمية بالمعنى القانوني المشروح ، وان كان لها شخصية مجردة عن اشخاص حكامها تمارس بمقتضاها العمل باسم الدولة ، ولا يؤثر في صحة عملها وارتباط اجزائه تبدل الاشخاص القائمين به [1] .

---

(١) ـ « ان الهيئات السياسية من ادارية او عدلية ، ومجلس الشيوخ ، ومجلس النواب ، ومجلس الدولة ، ومحكمة التمييز (النقض) ، وديوان المحاسبات ، =

١٩٦ ـ شريطة الاعتراف القانوني بالشخصية الحكمية :

هـذا ، ولأن العنصرين المتقدمين ، (عنصر المصلحة المشتركة ، وعنصر الذمة) ، يتوقفان على الاعتبار التشريعي لما من حيث أن المصلحة المشتركة ليس لها حـد مادي يحدها ، وكذلك الذمة هي حقيقة عقلية غير محسوسة ، لذلك كان تشخيص هذه المصلحة واثبات الذمة لها أمراً يحتاج الى تقرير من جانب التشريع .

يستثنى من ذلك الدولة نفسها ، فانهـا تكتسب شخصيتها بحكم الضرورة والواقع متى استوفت عناصر تكوينها . وليس اعتراف الدول الاخرى بهـا شريطة لاكتساب شخصيتها من الوجهة الحقوقية ، وانما هو عرف سياسي وتقليد دولي متبع اليوم لتبادل التمثيل السياسي . فليس عدم هذا الاعتراف مـانعاً من تكوين شخصية الدولة المتوافرة العناصر .

وعن هذا كان من المحتم لكي يكتسب الشخص الحكمي شخصيته أن يعترف التشريع له بهذه الشخصية المستقلة في حمى الدولة .

ولا يجب أن يعترف التشريع بذلك لكل شخص حكمي ناشىء على حدة بـل يكفي الاعتراف النوعي ، كما أقرت الاحكام الفقهية في الاسلام شخصية للوقف وبيت المال ، وكاعتراف القـانون التجاري بالشخصية لأنواع الشركات القانونية التي تؤسس وفقـاً لشرائطه ، واعتراف قانون الجمعيات التي تؤسس وفقاً لأحكامه

=وسائر الهيئات العدلية بوجه عام ، والمجالس العمومية ، والمجالس البلدية ، لا تعتبر أشخاصاً حكمية ،(دائرة المعارف الفرنسية الكبرى تحت كلمة personne).

ولا يخفى ان مصلحة البلدية نفسها شخص حكمي مـن فروع السلطة العامة ، وان لم تكن مجالس البلديات اشخاصاً حكمية .

ولا يجب في هذا الاقرار التشريعي أن يصرح بلفظ «الشخصية الحكمية» بل يكفي أن يقر التشريع للجماعات او المؤسسات الحقوق والاحكام التي تعتبر للاشخاص وإن لم يصرح باسم الشخصية الحكمية، كاقرار ثبوت الحقوق الموقف وعليه، في الفقه الاسلامي، على نحو ماتقدم.

١٩٧ - المميزات والفوارق بين الاشخاص الطبيعيين والحكميين

تفترق الاشخاص الحكمية عن الاشخاص الطبيعية بفوارق أهمها مايلي:

١) ـ أن الاشخاص الحكمية لاتتعلق بها حقوق الاحوال الشخصية التي هي من خصائص الانسان، كحقوق الاسرة من زواج وطلاق ونسب وقرابة وارث الخ ..

أما ماليس من هذه الخصائص الانسانية فيثبت للشخص الحكمي كالجنسية، والاهلية، والمقام (الموطن) .

٢) ان الاشخاص الحكمية لاتموت كالاشخاص الطبيعية بل تمتاز بالدوام. وكــــذلك لاتزول بزوال الشخص الطبيعي الذي يمثلها . كما أن تبدله لايبدل من وضعها الحقوقي شيئاً .

٣) ـ ان الشخص الطبيعي لايتوقف وجـــود شخصيته على اعتبار او اعتراف تشريعي، بل بمجرد وجوده المادي تثبت شخصيته .

أما الشخص الحكمي فتتوقف شخصيته على اقرار التشريع لها كما تقدم.

٤) أن اهليــة الشخص الطبيعي للتصرفات وكسب الحقوق وتحمل الالتزامات غير محـدودة . وانما تنقص عن كمالها بعوارض، كما بيناه في نظرية الاهلية من الجزء الثاني من (المدخل الفقهي العام) .

أما اهلية الاشخاص الحكميين فهي مقيدة بالحـــدود التي يحددها لها

التشريع ، وبما يدخل في اغراضها التي تكونت من أجلها وتتوقف عليه ممارسة مهمتها :

- فالجمعيات الخيرية المنشأة للاسعاف مثلا لاتمتلك أن تتاجر .

- والمنشآت العامة لايصح منها قبول التبرعات إلا باذن من الحكومة .

والجمعيات بصورة عامة لايسوغ لها ان تملك من الاموال غير المنقولة سوى ماتحتاج اليه في ممارسة عملها

٥) ان اهلية الشخص الطبيعي تتطور تبعاً لمراحل نموه : فتبدأ أهلية وجوب ناقصة ، وتنتهي الى أهلية اداء كاملة ببلوغ الرشد.

وذلك بخلاف اهلية الشخص الحكمي ، فان اهليته تأخذ نهاية حدودها منذ وجودها وتظل ثابتة لا تتطور .

٦) ان الاشخاص الحكمية لاتطبق عليها العقوبات البدنية ، بل العقوبات المدنية والادارية فقط .

ومن نتيجة ذلك انه لايمكن تطبيق الحبس في استيفاء ما يستحق عليها من ديون ، بل الحجز فقط .

٧) - يزول الشخص الحكمي بزوال شرائطه ، أو زوال العوامل التي أوجدته ، وعندئذ يسمى زواله : انحلالاً

أما زوال الشخص الطبيعي فيكون بانتهاء حياته ويسمى : موتاً

وهـــذا الانحلال في الشخص الحكمي يكون باسباب وصور عديدة : فقد يكون ، بحسب سببه ، انحلالا طبيعياً ، او تشريعياً ، او قضائياً ، او

اداريا ، او اراديا [1] .

١٩٨ - هذه خلاصة ما يتعلق بالاشخاص الحكمية في الحقوق الحديثة والانظار القانونية [2]

وبالرجوع الى القواعـد الفقهية في الشريعة الاسلامية ، والى ما أسلفنا

---

(١) ــ الانحلال الطبيعي يكون بموت جميع الافراد المشتركين ، او بعدم امكان تأدية الاعمال التي تكون الشخص الاعتباري لأجلها ويسمى ايضاً انحلالا حكمياً .

والانحلال التشريعي يكون عند صدور قانون يحل بعض الاشخاص الحكمية

والانحلال القضائي يكون نتيجة لدعوى يدعي فيها بالحل بسبب موجب ويقضى به .

والانحلال الاداري يكون عندما يخالف الشخص الحكمي نظامه الخاص او قانون الجمعيات او النظام العام (كما لو قامت جمعية بعمل ينافي الآداب العامة مثلا) فللسلطات الادارية حلها .

والانحلال الارادي يكون برغبة اكثرية الافراد الذين تألفت الشخصية من اجتماعهم ، او برغبة من يحق لهم الحل بحسب نظامها الاساسي

واذا كان الشخص شركة فأمواله بعد الانحلال للافراد الذين تتألف الشخصية منهم واذا كان جمعية خيرية او حزباً سياسياً ففي حالة الانحلال التشريعي والقضائي والاداري تصادر الحكومة الاموال غالباً وفي الانحلال الطبيعي والاداري تصرف الاموال الى الجهة التي يعينها النظام الاساسي للجمعية .

(٢) ــ مصادر البحث فيها ترى في القوانين التي تتعلق بالاشخاص الاعتبارية كقانون الجمعيات ، والقانون التجاري ، وفي مؤلفات الحقوق الادارية ككتاب الاستاذ شاكر الحنبلي ، والوجيز في الحقوق الادارية للدكتور مصطفى البارودي ، ومؤلفات مدخل علم الحقوق ككتاب الاستاذ الدكتور محمد علي عرفة ،=

من البحث عن فكرة الشخصية الحكمية في الفقه الاسلامي ، يتضح أن النظريات الحقوقية الحديثة والاحكام القانونية المعتبرة اليوم في الشخصية الحكمية تتفق كلها مع قواعد الفقه الشرعي .

ولو أن هذه المؤسسات ذات الشخصية الحكمية القانونية اليوم وجدت في العصور الفقهية الماضية لدينا لأقر لها الفقهاء هذه الاحكام التي جاء الشرع بأمثالها في شخصية الدولة وبيت المال والوقف كما تقدم .

فالاحكام القانونية المتعلقة بالاشخاص الحكمية العامة والخاصة كالجمعيات والمؤسسات ، يمكن ادخالها في صلب الفقه وكتبه .

= والاستاذ الدكتور سليمان مرقس بمصر ، وفي المؤلفات الخاصة بالشخصية في اللغات الاجنبية ككتاب الاستاذ سالي الفرنسي في نظرية الشخصية الحقوقية وتاريخها :

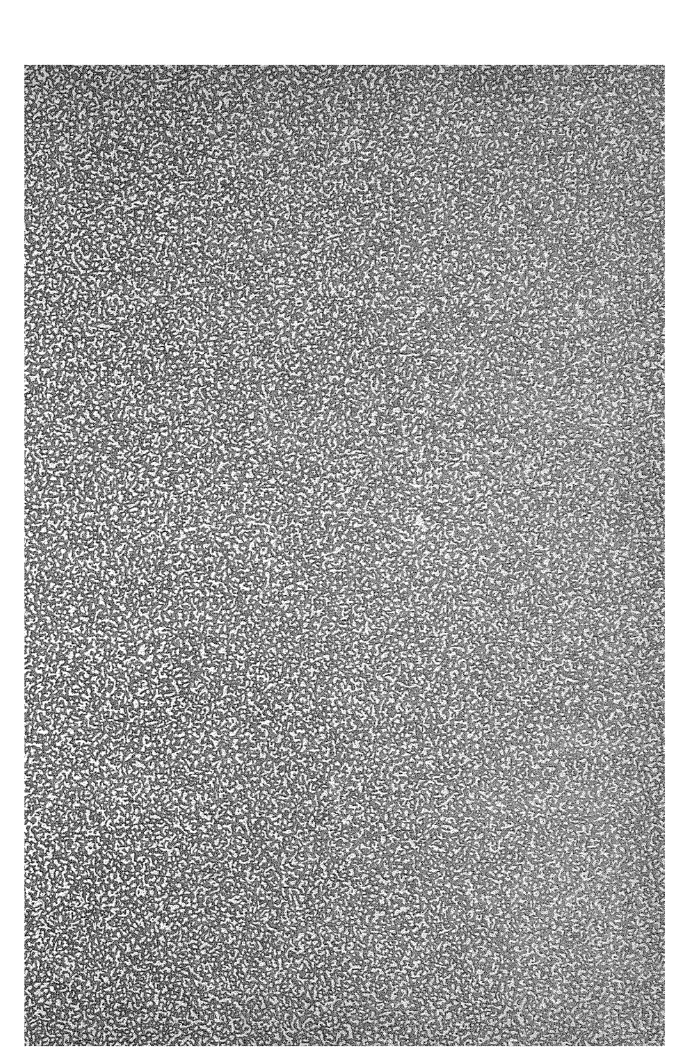
De la personnalité juridique , Histoire et thèorie,

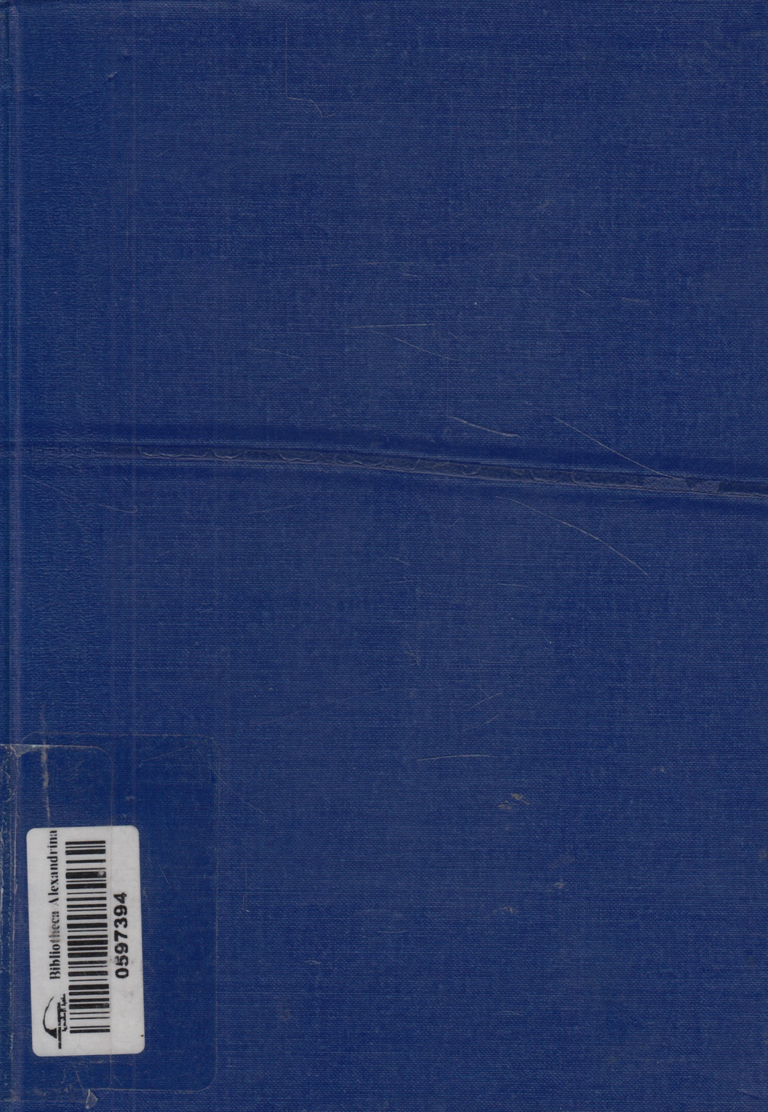
بفضل الله تعالى ونعمته تم هذا الجزء الثالث :
(المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي)
من السلسلة الفقهية التي عنوانها العام :

الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد

وهو المرجو جلت قدرته أن يحقق بها النفع العام ، ويجعلها خالصة لوجهه الكريم ، وأن ييسر تمام بقية أجزائها .

الفهرس




Bibliotheca Alexandrina
05973394